٣

[illegible]

[illegible]

الرسائل الفقهية

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

بسم الله الرحمن الرحیم

الرسائل الفقهیه: من تقریرات بحث العلمین الایتین النائینی و العراقی قدس سرهما

کاتب:

ابوالفضل نجم آبادی

نشرت فی الطباعهٔ:

موسسه معارف اسلامی امام رضا علیهم السلام

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

الرسائل الفقهيه: من تقريرات بحث العلمين الايتين النائينی و العراقی قدس سرهما

اشاره

سرشناسه : نجم آبادی، ابوالفضل، ۱۳۴۴ - ۱۲۸۷

عنوان و نام پدیدآور : الرسائل الفقهیه: من تقریرات بحث العلمین الا-یتین النائینی و العراقی قدس سرهما/ ابوالفضل النجم آبادی؛ اعداد موسسه آیه الله العظمی البروجردی لنشر معالم اهل البیت علیهم السلام

مشخصات نشر : قم: موسسه معارف اسلامی امام رضا علیهم السلام، ۱۴۲۱ - ق. = - ۱۳۷۹.

فروست : (مجموعه آثار آیه الله الحاج المیرزا ابوالفضل النجم آبادی)۳)

شابک : ۹۶۴-۹۳۰۹۴-۱-۱(دوره)

یادداشت : عربی

یادداشت : کتابنامه

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

شناسه افزوده : عراقی، ضیاآلدین، ۱۳۲۱ - ۱۲۴۰

شناسه افزوده : نائینی، محمدحسین، ۱۳۱۵ - ۱۲۳۹

شناسه افزوده : موسسه آیت الله عظمی بروجردی. نشر معالم اهل البیت(ع)

شناسه افزوده : موسسه معارف اسلامی امام رضا(ع)

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵/ن۳ر۵ ۱۳۷۹

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۹-۲۰۲۰۰

ص: ۱

[مقدمه الناشر]

اشاره

اشاره

بسم اللّه الرّحمن الرحيم الحمد للّه ربّ العالمين، و الصلاه و السلام على عباده الّذين اصطفى من خلقه محمّد و آله الطيبين الطاهرين، سيّما بقيّه اللّه فى الأرضين أرواحنا و أرواح العالمين له الفداء، و اللعن الدائم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين.

يعتبر علم الفقه من أوسع العلوم الإسلاميّه و أشهرها لارتباطه اليوميّ بحياه الفرد المسلم. فى عباداته و معاملاته و علاقاته ببنى نوعه.

و قد أولى علماء الإسلام المتقدّمين و المتأخّرين، اقتداء بنبيّهم صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و أئمّتهم عليهم السّلام اهتماما بالغا بهذا العلم الشريف، و يتبيّن هذا الاهتمام جليّا فى ما دوّنوه من مؤلّفات قيّمه فى هذا المضمار، و كان من جمله هؤلاء العلماء آيه اللّه الحاج ميرزا أبو الفضل النجم آبادى رحمه اللّه.

فقد ترك لنا هذا العالم الجليل آثارا قيّمه فى هذا المجال، تأليفا و تحقيقا، و تقريرا.

و من جمله ما سطّره يراعه الشريف رسائل متفرّقه فى الفقه هى تقريراته لدروس أساتذته خصوصا العلمين الآيتين النائينى و العراقى رحمه اللّه، زوّدنا بنسخها خلفه الفاضل الدكتور محمّد على النجم آبادى، و قد جمعناها بعد ترتيبها تحت عنوان «الرسائل الفقهيّه» و هى الّتى بين يديك.

«الرسائل الفقهیّه»: هو الإصدار الثالث الّذی یصدر عن مؤسسه آیه اللّه العظمی البروجردی قدّس سرّه من آثار المرحوم النجم آبادی رحمه اللّه.

نسخ الکتاب

نسخ هذه الرسائل ملیئه بالمشاکل و الأخطاء و التصحیفات بالإضافه إلی عدم الترتیب، و یمکن درجها علی النحو التالی:

۱- رساله (لباس المصلّی): مخرومه الأوّل و الآخر.

۲- رساله (صلاه الجماعه): مخرومه الآخر.

۳- رساله (الخمس): تعرّض المؤلّف رحمه اللّه فیها لقسم من البحث فی المسأله و لم یشر فی آخرها إلی انتهائه.

۴- رساله (الوقف): لم یصرّح رحمه اللّه فیها باسم أحد من أساتذته، نعم؛ فی الصفحه (۲۴۸) من هذا الکتاب (رساله الوقف) تطالعنا هذه العباره: «کما حقّقنا ذلک فی رساله الغصب» و بما أنّ رساله الغصب هی تقریره لدروس المرحوم آقا ضیاء الدین العراقی، فیکون الظنّ الغالب أنّ هذه الرساله أیضا هی تقریره لأستاذه المذکور حیث حرّرها فی تأریخ: العشر الآخر من ذی القعده الحرام ۱۳۴۷ ه. ق، و اللّه أعلم. و هذه الرساله تامّه الأوّل و الآخر.

۵- رساله (الإجاره): لا نقطع بنسبه هذه الرساله إلی المؤلّف رحمه اللّه لعدم تمامها أوّلا و خطّها السقیم الغیر مقروء إلّا بصعوبه بالغه، علی أیّه حال، فقد کانت هی و لاحقتها رساله (الوکاله) ضمن النسخ التی زوّدنا بها ولد المؤلّف کما أسلفنا، و قد کان عملنا فیهما شاقّا للأسباب المذکوره.

۶- رساله (الوكاله): و قد تقدّم الحديث عنها فى الفقره السابقه.

۷- رساله (تصرّفات المريض): تامّه الأوّل و الآخر و لم يشر فيها إلى تأريخ تحريرها.

۸- رساله (الغصب): مخرومه الأوّل و قال فى آخرها: و قد وقع الفراغ فى العشر الآخر من شعبان من سنه ۱۳۴۴ ه. ق، و عليه التكلان.

عملنا فى الكتاب

تركّز عمل الإخوه المحقّقين الأفاضل فى هذه الرسائل بالدرجه الأولى على ترتيب أوراق كلّ رساله من خلال قراءه المتن بدقّه لربط كلّ صفحه بالّتى سبقتها، ثمّ رفع الأخطاء اللغويّه و التصحيفات، و إيراد كلام ملائم للرسائل المخرومه الأوّل لتتميم البحث و وصله، و قد أشرنا إلى كلّ فى موضعه.

و خلاصه القول: فقد بذل الإخوه المحقّقون الأفاضل جهودا مضاعفه و تحمّلوا مشاقّ العمل فى إخراج و ترتيب و تبويب و فهرسه الكتاب و ترتيب الرسائل حسب التسلسل المتعارف فى أبواب الفقه، ليخرج هذا الكتاب بهذه الصوره.

و المؤسّسه إذ تضع هذا السفر بين يدى العلماء الأعلام و المحقّقين الكرام و طلبه علوم أهل البيت عليهم السّلام لا تدّعى أنّه خال تماما من الأخطاء و الاشتباهات فإن وجد فيه نقص فإنّ الكمال للّه وحده، كما تتقدّم بالشكر الجزيل و الامتنان إلى أصحاب السماحه: حجج الإسلام و المسلمين: السيّد محمّد الحسينى، و الشيخ محمّد الرسولى، و الشيخ على آيهاللهى، و الشيخ على طاهرپور، و الإخوه

الأفاضل: الحاج عبد الحسين التبريزيان، و محمّد حسين الرحيميان، و كريم راضى الواسطى، و قد كان العمل فى هذا الكتاب بجميع مراحله تحت إشراف و توجيه سماحه الشيخ عبد اللّه المحمّـدى، فللّه درّهم جميعا و عليه أجرهم، و وفّقنا اللّه جميعا لخدمه علوم أهل البيت عليهم السّلام إنّه خير ناصر و معين.

مؤسسه آيه اللّه العظمى البروجردى رحمه اللّه لنشر معالم أهل البيت عليهم السّلام

نماذج من النسخ الخطيّه

<> صوره الصفحه الأخيره من نسخه رساله الطهاره

<> صوره الصفحه الأولى من نسخه رساله الطهاره

<> صوره الصفحه الأولى من نسخه رساله لباس المصلّى

ص: ۱۴

<> صوره الصفحه الأولی من نسخه رساله صلاه الجماعه

ص: ١٥

<> صوره الصفحه الأخيره من نسخه رساله صلاه الجماعه

<> صوره الصفحه الأولی من نسخه رساله الخمس

<> صوره الصفحه الأولى من نسخه رساله الوقف

ص: ١٨

<> صوره الصفحه الأخيره من نسخه رساله الوقف

<> صوره الصفحه الأولى من نسخه رساله الإجاره

<> صوره الصفحه الأخيره من نسخه رساله الإجاره

<> صوره الصفحه الأولى من نسخه رساله الوكاله

<> صوره الصفحه الأخيره من نسخه رساله الوكاله

<> صوره الصفحه الأولى من نسخه رساله منجّزات المريض

ص: ۲۴

<> صوره الصفحه الأخیره من نسخه رساله منجّزات المریض

<> صوره الصفحه الأولى من نسخه رساله الغصب

<> صوره الصفحه الأخيره من نسخه رساله الغصب

الفهرس الإجمالی

رساله الطهاره

اشاره

بسم اللّه الرحمن الرحيم [الحمد للّه ربّ العالمين، و الصلاه و السلام على محمّد و آله الطيّبين الطاهرين].

حكم الماء القليل

لا ـ خلاف بل لا إشكال فى انفعال الماء القليل بالنجاسه فى الجمله، و الأخبار الخاصّه الدالّه عليه كثيره، بحيث تكون فوق حدّ الاستفاضه، كما تدلّ عليه أخبار [الماء] الكثير و الماء الكرّ (۱) بتقريب آخر غير ما قرّرناه، و هو: أنّه لمّا كان الظاهر منها التحديد، خصوصا ما وقع منها فى جواب الأسئله، فيدلّ ذلك على انحصار القلّه [و] أنّ الّذى لا ينفعل هو الكرّ.

فيستفاد من مفهوم تلك الأخبار أنّ القليل غير عاصم، و ينجس بكلّ ما لا ينجس به الكثير، بمعنى أنّه كما أنّ لفظ الشى ء فى المنطوق عامّ كذلك المفهوم، و لا إهمال فيه؛ لأنّ المفهوم و إن كان مدلولا عقليّا إلّا أنّ كيفيّه الاستفاده موكول إلى العرف، و من المعلوم أنّ العرف يفهم فى المقام أنّ كلّ ما ليس بمنجّس للكثير منجّس للقليل.

و بعباره اخرى؛ ليس نفى التنجيس فى المنطوق عن جنس النجاسات،

۱- وسائل الشيعه: ۱/ ۱۴۳ الباب ۵ و ۱۵۸ الباب ۹ من أبواب الماء المطلق.

و یکون مفاد القضیّه سبب العموم حتّی یکون نقیضه ثابتا فی المفهوم، و هو إثبات التنجیس لبعض النجاسات، بل المفاد للسالبه الکلیّه سلب الحکم عن کلّ فرد من النجاسات، فیکون المستفاد من مفهومها إثبات الحکم و التنجیس لکلّ فرد منها، إلی ذلک أشار الشیخ قدّس سرّه فی طهارته (۱).

هذا مضافا إلی أنّ الإهمال ینافی التحدید، بل الظاهر منه أنّه فی مقام بیان تمام الحکم، بحیث لا یبقی السائل فی الحیره من جهه أصلا.

و تدلّ علی انفعال الماء القلیل أیضا الأخبار الخاصّه- کما أشرنا إلیها- الوارده فی الماء الّذی شرب منه الکلب و الخنزیر، أو وقع فیه القذر أو الخمر أو غیره، من المیته و نحوها (۲)، و لا خصوصیّه لشی ء منها، بداهه أنّ الملاک کلّه ملاقاه النجاسه.

و کیف کان؛ الدلیل القطعیّ فی مقابل قول ابن [أبی] عقیل (۳) موجود، إنّما الکلام فی تنجّس القلیل بمطلق النجس بحیث یعمّ المتنجّس، و هو الّذی وقع البحث فیه، و بنی علی عدم الانفعال بالمتنجّسات بعض القدماء (۴) و جمع من المتأخّرین (۵). و اشتدّ الخلاف فیه بین متأخری المتأخّرین، و ذهب إلی عدم الانفعال بها فی الجمله جمع من أعاظم من عاصرناهم، منهم الفقیه الزاهد الهمدانی (۶) قدّس سرّه.

۱- کتاب الطهاره للشیخ الأنصاری: ۱/ ۱۱۵ و ۱۱۶.

۲- وسائل الشیعه: ۱/ ۱۵۸ الباب ۹ من أبواب الماء المطلق.

۳- نقل عنه فی مختلف الشیعه: ۱/ ۱۷۶.

۴- نقل عنه فی مختلف الشیعه: ۱/ ۱۷۶.

۵- انظر! مفتاح الکرامه: ۱/ ۷۳، مفاتیح الشرائع: ۱/ ۸۳.

۶- مصباح الفقیه: ۱/ ۸۳.

و حاصل مقاله هؤلاء الجماعه عدم وجود الدليل على الانفعال، و إنّما القدر المتيقّن من الأدلّه هو تأثير الأعيان النجسه و بعض أقسام المتنجّس، كالمائع منه الملاقى للنجس، كما يدلّ عليه الأخبار الدالّه على غسل الإناء الواقع فيها النجاسه أو شرب منها الكلب، مع الالتزام بعدم الملازمه بين شربه و مسّه نفس الإناء و الكأس، و أمّا المتنجّسات الجامده الّتى ليست فيها عين النجاسه كالمتنجّس بالدم أو القذر الّذى يبس و ذهب عينهما، فلا دليل على التنجّس بها حينئذ و لو كان الملاقى رطبا، و أمّا الأوامر الوارده فى غسل الثياب و نحوه فإنّما هى لاشتراط طهارته فى الصلاه، فلا يتوهّم أنّها لدفع السرايه حتّى يتمسّك بإطلاقها و شمولها لما إذا يبست النجاسه و ذهبت عينها من الثوب.

هذا؛ و لكن هذا الجواب و إن سلّم فى مثل الثوب، و لكن لا يتمّ بالنسبه إلى تطهير الفرش و البساط و غيرهما من الآلات، مضافا إلى أنّ نفس تلك الأخبار الدالّه على لزوم غسل الإناء و نحوها، الشامله لحال تجدّد النجاسه و يبوسه الإناء تكفى للدلاله على المدّعى، كما لا يخفى.

و أمّا حملها على التنزّه عن النجاسات مطلقا فى الأكل و الشرب كما ترى، على أنّ الظاهر أنّ المسأله إجماعيّه، بل السيره العمليّه على الاجتناب عن ملاقى المتنجّسات مطلقا المنتهيه إلى زمان المعصوم عليه السّلام محقّقه، كما ادّعى شيخنا قدّس سرّه استاد الأساطين فى طهارته فى بحث الماء المضاف كون المسأله ضروريّه (١)، فعلى هذا لا ينبغى ترک الاحتياط فى المسأله، و إن كان الالتزام بالنجاسه فيما إذا تعدّت الواسطه و تجاوزت عن الأولى و الثانيه فى غايه الإشكال؛ لعدم شمول الأدلّه لها، فراجع و تدبّر.

١- كتاب الطهاره للشيخ الأنصارى: ١/ ٣٠١.

حکم شرب الماء النجس و بیعه

... فالتحقیق (۱) عـدم الفرق بین المختلفتین و المتسـاویتین سوی بـاب المخاصـمات؛ لما ورد فیها من الأخبار الخاصّه (۲)، ففی المقام تسـقط البیّنتان مطلقا للتعارض، و یراجع إلی الأصل کما علیه الأصـحاب قدّس سرّه، و لا موجب للترجیح أصلا و إن کان مقتضـی ما یظهر من کلام السیّد- طاب رمسه الشریف- فی قضاء «العروه» فی بحث تعارض البیّنات الالتزام بالمرجّحات الداخلیّه مطلقـا، حیث أفتی قـدّس سـرّه بالتعـدّی عن المرجّحات المنصوصه إلی غیرها (۳)؛ لمـا أشـرنا إلیه من أنّ حجیّه البیّنه لمّـا کانت لإفادتهـا الظنّ النوعیّ و لیس کالأصـل تعبّـدیّا محضـا، فکلّمـا أوجب قوّه الظنّ لاـ بـدّ من الترجیـح به، و یظهر منه بنـاؤه علیه فی تعارض الأخبار أیضا.

و الحاصـل؛ أنّ المسـتفاد من مقالته فی ذاک الباب البناء علی الرجوع إلی المرجّحات فی تعارض الأمارات مطلقا، و منها المقام، و لکن لم یظهر لنا إلی الآن التزام الأصـحاب به فیه و سائر المقامات، و رفع الیـد عن مقتضـی القاعده فی الأدلّه المتعارضه سوی باب المخاصمات و الأخبار المتعارضه، فالحقّ ما علیه الجلّ.

۱- کما یظهر من السیاق، هنا سقطه من الکلام.

۲- وسائل الشیعه: ۲۷/ ۲۴۹ الباب ۱۲ من أبواب کیفیّه الحکم.

۳- العروه الوثقی: ۳/ ۱۴۹ و ۱۵۰.

و قد عرفت أنّ الدليل أيضا لا يقتضى التجاوز عن البابين و العدول عن الأصل فى المقام.

فرع:

قالوا: لا يجوز شرب الماء النجس للمكلّفين، بل يحرم سقيه للأطفال، و يجوز بيعه مع الإعلام. فهنا مقامات:

الأوّل؛ عدم جواز تناول النجس للمكلّفين.

و الثانى؛ حرمه التسبيب له للغير بالغا كان أو غيره.

الثالث؛ اشتراط صحّه بيعه بالإعلام.

أمّا الدليل على الأوّل- مضافا إلى الإجماع المحقّق، بل هو ضرورىّ الدين و أنّه من الخبائث- الأخبار الخاصّه الوارده فى مثل الماء النجس و السمن و غيرهما، حيث أمروا عليهم السّلام بالإراقه (۱)، و فى جمله منها نهوا عليهم السّلام عن الشرب و غيره (۲).

إنّما الكلام فى حرمه التسبيب لتناول الغير؛ إذ يمكن أن يقال: إذا كان الغير جاهلا بالنجاسه فهو معذور فى تناوله و لا إثم عليه، فلا معصيه، و على هذا لا محذور فيه و لا منع.

و فيه أوّلا: إنّ المعذوريّه لا ترفع الحرمه الواقعيّه المترتّبه على الموضوعات الخارجيّه، و الإيقاع على الحرام النفس الأمرىّ يكون كالإضلال قبيح عقلا و حرام شرعا؛ إذ القذاره و النجاسه من الامور الواقعيّه و المفاسد

۱- وسائل الشيعه: ۱/ ۱۵۰ الباب ۸ من أبواب الماء المطلق.

۲- وسائل الشيعه: ۱/ ۱۳۷ الباب ۳ من أبواب الماء المطلق.

الخارجیّه الّتی نشأت [منها] الحرمه، و لا دخل فیها للعلم و الجهل.

و بالجمله؛ المسبّب لوقوع الغیر فی الحرام مرتکب للحرام، فلا یجوز له الإقدام.

و ثانیا: الخبر الوارد فی المرق الواقع فیه الجرذ و الفأره أمر علیه السّلام فیه بإهراق المرق (۱) مع أنّه لو کان یجوز تناول الجاهل لکان ینهی علیه السّلام عن تناول السائل، فیستفاد من أمره عدم جواز الاستفاده منه بوجه، فتأمّل.

و ثالثا: الأخبار الوارده فی الدهن النجس و المیته (۲) صریحه فی عدم جواز البیع إلّا أن یبیّن للمشتری و یعلمه (۳) بالنجاسه حتّی لا یصرفه إلّا فی الاستصباح.

و من المعلوم علی ما بیّنه شیخنا قدّس سرّه فی «المکاسب» عدم ترتّب بین الإعلام و الاستصباح بوجه (۴)، فلیس المقصود إلّا تبیینه للمشتری حتّی لا یأکله و لا یصرفه فی ما هو مشروط بالطهاره.

و أما المقام الثانی؛ فقد اتّضح ممّا بیّنا حکم التسبیب بالنسبه إلی المکلّفین، و أمّا بالنسبه إلی الأطفال فی غیر مثل الخمر فیشکل الأمر فیه، إذ لا أمر و لا نهی لهم، إلّا أن یتمسّک بإطلاق مادّه الأدلّه بالنسبه إلیهم، أو من إطلاق قوله علیه السّلام بإهراق المرق المتنجّس، أو بعموم آیه الرجز (۵) علی أحد معانیه، و هو

۱- وسائل الشیعه: ۲۴/ ۱۹۶ الحدیث ۳۰۳۳۰.

۲- وسائل الشیعه: ۱۷/ ۹۷ الباب ۶ من أبواب ما یکتسب به.

۳- فی بعضها قال علیه السّلام: «حتّی تبیّنه» (وسائل الشیعه: ۱۷/ ۹۸ الحدیث ۲۲۰۷۸) و فی بعضها: «حتّی تعلمه» (وسائل الشیعه: ۱۷/ ۹۸ الحدیث ۲۲۰۷۶) و نحوه (وسائل الشیعه: ۱۷/ ۹۸ الحدیث ۲۲۰۷۷)، «منه رحمه اللّه».

۴- المکاسب: ۱/ ۷۳.

۵- المدّثّر (۷۴): ۴.

القـذر و النجس، كمـا يمكن الاسـتدلال بها بناء عليه؛ لحرمه التسبيب مطلقا، و كيف كان؛ فلا ينبغى ترك الاحتياط بالنسبه إلى الأطفال.

و أما المقام الثالث؛ فالّذى يدلّ على وجوب الإعلام لبيع النجس الروايات المعتبره بين الصحيحه و الموثّقه و غيرهما أوردها فى «الحدائق» (۱) أشرنا إلى بعضها هنا و أوردها فى «الوسائل» فى الأبواب المتفرّقه (۲).

و حاصل ما يستفاد منها وجوب الإعلام فى بيع الدهن النجس، و من المعلوم أنّه لا خصوصيّه للدهن أو الميته، بل المقطوع به أنّ السبب هو النجاسه حتّى لا يستعمل فى غير الاستصباح.

فعلى هـذا؛ الأقوى وجوب الإعلام فى بيع المائعات النجسه، بل كلّ ما يكون أهمّ منافعه و أظهر خواصّه مشروطا بالطهاره، و إلّا فلا، كما أفتى بـذلك جلّ الأصحاب فى الكتب المفصّله و الرسائل العمليّه، فلا يتوهّم أنّ البائع لمّا لم يكن من ناحيته تسبيب و المشترى جاهل بالنجاسه و معذور فلا محذور فى بيع النجس؛ إذ قد عرفت أنّ الوجوب الإعلام من جهه الروايات، فافهم.

۱- الحدائق الناضره: ۱۸/ ۸۶- ۸۸.

۲- وسائل الشيعه: ۱۷/ ۹۷ الباب ۶ من أبواب ما يكتسب به و ۲۴/ ۱۹۴ الباب ۴۳ من أبواب الأطعمه المحرّمه.

حكم الغساله

هذه مسأله معضـله، مثل مسأله نجاسه ماء البئر إذا وقعت فيها نجاسه، حيث إنّ المشـهور نجاسـتهما مع أنّ الدليل لا يساعد عليها، ففى البئر الأخبار معارضه جدّا، بل الأدلّه على طهارتها أقوى.

و قد تعرّض له قدّس سرّه فى «مصباح الفقيه» و أشبع الكلام فيه، و قال: إنّ شهره القدماء من جهه الروايه غير محقّقه حتّى تثبت بهـا ضـعف أخبـار الطهـاره، مضافا إلى كثره القرائن فى أخبار النجاسه الـدالّه على اسـتحباب النزح (١)، و كيـف كـان فنحن فى المباحثه بنينا على الطهاره.

و أمّا الغساله (٢) فالظاهر أنّه لا خلاف فى نجاسه الغسله المزيله إلّا من يرى عدم انفعال الماء القليل كالعمانى (٣)، و إنّما البحث فى الغسـله الثانيه و المطهّره للمحلّ، لا إشـكال أنّ الالتزام بنجاستها مبنىّ على عموم أو إطلاق فى أدلّه تنجيس النجاسات، بحيث يشمل الملاقى للنجس، و هو متوقّف على هذين الأمرين من شمول الأخبار الوارده فى المواقع الخاصّه فى تنجيس النجاسات، أو الالتزام بالمفهوم للنبوىّ المشهور المتلقّى بالقبول، و هو قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «الماء إذا

١- مصباح الفقيه: ١/ ٣١- ٣٥.

٢- هذه المسائل الثلاث من انفعال الماء القليل و نجاسه الغساله و تنجيس المتنجّسات كلّ واحده منها مرتبطه بالاخرى من حيث المبنى و المستند و الحكم، «منه رحمه اللّه».

٣- نقل عنه فى مختلف الشيعه: ١/ ١٧۶.

بلغ قدر كرّ لم ينجّسه شى ء» (۱).

أمّا الأوّل؛ فالإنصاف أنّه ليس فى تلك الأخبار ما يشـمل المتنجّسات، كما يظهر للمتتبع، فإنّ جلّها مشتمله على أعيان النجاسات، كالدم و القذر و البول و نحوها.

نعم؛ روايتان منها يمكن اسـتفاده الإطلاق منهما، إحداهما روايه العيص (۲) بناء على عدم ظهور البول و القذر فى أعيانهما، كما يشعر بذلك عدم وقوع لفظ المتنجّس فى السؤال و الجواب فى الأخبار، بل التعبير عنه وقع فيها بأعيان النجاسات أيضا.

و الاخرى موثّقه عمّار (۳)، حيث اعتبر فيها فى تطهير الإناء و الكوز بالتفريغ ثلاث مرّات، فإنّه و لو قلنا: إنّه اعتبر لحصول التعدّد، و لكن ذلك إنّما هو بالنسبه إلى الاوليين، و أمّا بالنسبه إلى الثالثه الّتى رتّب التطهير عليه السّلام عليها فمعلوم أنّه لا يتوقّف عليه.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّه حكم تعبّدىّ محض، لا لكون الماء متنجّسا، فتأمّل.

و أمّـا الثـانى؛ فلإنكار أصل المفهوم فى المقام مجال (۴) مضافا إلى أنّه بنـاء عليه أيضا لا يثبت المـدّعى، إذ ثبوته متوقّف على عموم لفظه «الشى ء» فى المفهوم، مع أنّه لا مقتضى له كما فى المنطوق من وقوع النكره فى سياق النفى، فيصير المفهوم من هذه الجهه مهمله، و لا بدّ فيها من الأخذ بالقدر المتيقّن، و هو أعيان النجاسات.

۱- عوالى اللآلى: ۱/ ۷۶ الحديث ۱۵۶ مع اختلاف يسير.

۲- وسائل الشيعه: ۱/ ۲۱۵ الحديث ۵۵۲.

۳- وسائل الشيعه: ۳/ ۴۹۶ الحديث ۴۲۷۶.

۴- كما اعترف قدّس سرّه به، فى «مصباح الفقيه»، «منه رحمه اللّه»؛ (مصباح الفقيه: ۱/ ۱۷ و ۱۸ و ۲۶).

فعلی هذا؛ القول بطهاره الغساله فی غیر الغسله المزیله قویّ، إلّا أن یدّعی الملازمه بین نجاسه الشی ء و ملاقیه.

بیان ذلک: أنّه لمّا کان المفروض أنّ الشارع أمر بالغسل بعد ذهاب العین أیضا، فیدلّ ذلک علی بقاء المحلّ علی النجاسه بعد.

فحینئذ؛ کیف یمکن الالتزام بطهاره ملاقی النجس ماء کان أو غیره، مع أنّ السرایه أمر عرفیّ ارتکازیّ؟

هذا؛ و یضعّفه أنّه لا إشکال فی طهاره ما بقی من الغساله فی المحلّ، و مع ذلک لا یجوز الحکم بنجاسه ما انفصل منه؛ لأنّه یلزم القول باختلاف الماء الواحد فی الحکم.

و قد أشار إلی ذلک السیّد قدّس سرّه فی «الناصریّات» (۱).

و بالجمله؛ فما قوّیناه من طهاره الغساله أقوی، و إن کان الاحتیاط حسنا، کما علیه المعظم (۲).

و ربّما یستدلّ ببعض الروایات الوارده فی الماء القلیل، مثل ما أجاب الإمام علیه السّلام عن السؤال بأنّ الجنب إذا أدخل یده فی الماء قبل الغسل، فقال علیه السّلام:

«إن کان أصاب یده جنابه فلیهرق الماء» (۳) و ما أمر بغسل إناء الماء فیها، فیستفاد من ذلک عدم نجاسه الإناء و عدم کون المتنجّس منجّسا (۴).

و فیه ما لا یخفی، إذ لیس السؤال و الجواب إلّا عن الماء و بیان حکمه، لا أمر آخر، و سیجی ء فی بحث الماء القلیل ماله دخل فی المقام إن شاء اللّه تعالی.

۱- الناصریّات (الجوامع الفقهیّه): ۱۷۹.

۲- انظر! مدارک الأحکام: ۱/ ۱۱۸- ۱۲۰.

۳- وسائل الشیعه: ۱/ ۱۵۴ الحدیث ۳۸۴، نقله بالمعنی.

۴- لاحظ! مصباح الفقیه: ۱/ ۶۱ ط. ق.

جواز البدار لذوی الأعذار و عدمه

هـذه المسأله من المعضـلات، و قـد اختلف الأصـحاب فیها، فکل ذهب إلی قول من الجواز و المنع، و التفصـیل بین رجاء زوال العـذر أو العلم به و عـدمه، و ذهب بعضـهم إلی التفصـیل بین باب التیمّم و سائر الأبواب، فالتزموا بالجواز فی الأوّل نظرا إلی أنّ التیمّم بدل عن الطهاره، بل مصداق لها، فیجوز، بخلاف سائر الأبواب، حیث إنّ بدلیّه الفاقد للشـرط من الاضـطرار المحض، فلا یجوز البدار ما لم یکن الاضطرار مستوعبا (۱).

و علی کلّ حال؛ لا ینبغی استناد أحد الوجوه إلی المشهور و إن ادّعی الشهره بالنسبه إلی المنع (۲).

و کیف کان؛ لا بدّ من البحث أوّلا فی ما هو مقتضی القواعد العامّه، ثم فی ما تقتضیه الأخبار و الأدلّه الخاصّه فی کلّ باب.

فنقول: یمکن الدعوی قریبا بأنّ إطلاقات الصـلاه الشامله للمکلّفین فی کلّ زمان بین الحدّین تدلّ علی جواز البدار، و التشکیک فیهـا من حیث عـدم کونها فی مقام بیان القـدره علی إیجاد الشـرط و عـدمه بل هی فی مقام أصل التشـریع لیس فی محلّه؛ إذ لا إشکال فی أنّ مثل أَقِمِ الصَّلٰاهَ لِدُلُوکِ الشَّمْسِ إِلیٰ غَسَقِ

۱- الحدائق الناضره: ۴/ ۲۴۷.

۲- جواهر الکلام: ۵/ ۱۵۸.

اللَّیْلِ (۱) مطلق بالنسبه إلی کلّ آن بین الحدّین و إن قیّد من جهه أصل التکلیف بقیود کالعقل و نحوه، و أیضا قیّد من ناحیه المکلّف به، إلّا أنّ تقییده من الجهه الثانیه لمّا کان بالعرض فیؤخذ فیها بالقدر المتیقّن، و هو حال الاختیار.

و بالجمله؛ إطلاقات الصلاه بالنسبه إلی القیود الزائده علی المعلوم منها الوارده علیها باقیه علی حالها، فلا مانع من التمسّک بها عند الشکّ.

و هکذا قوله تعالی فی باب التیمّم: فَلَمْ تَجِدُوا مٰاءً (۲) .. إلی آخره، فکلّ زمان یصدق عدم الوجدان یصحّ الإتیان بالصلاه و البدار علیها.

و دعوی عدم صدقه مع رجاء رفع العذر باطله بالوجدان، و علی مدّعیها إثباتها.

هذا مقتضی العمومات، و أمّا الأدلّه الخاصّه فتختلف بحسب الأبواب، ففی باب التیمّم من أمعن النظر إلی أخبارها یستفید الجواز و إن کان بعض أخبارها یوهم المنع (۳) إلّا أنّه لا إطلاق لها، بل غایه مدلولها لزوم التأخیر مع رجاء زوال العذر فینبغی التأخیر عنده، مع أنّ المستفیضه المعتبره المعلّله بأنّ ربّ الماء هو ربّ الصعید (۴) مصرّحه بعدم لزوم الإعاده مع بقاء الوقت.

و أمّا الأخبار الخاصّه فتختلف بحسب الأبواب، ففی مسأله عدم وجود الساتر الأخبار مطلقه فی الإتیان بالصلاه عاریا (۵)، و تقییدها بالاضطرار

۱- الإسراء (۱۷): ۷۸.

۲- النساء (۴): ۴۳، المائده (۵): ۶.

۳- وسائل الشیعه: ۳/ ۳۸۴ الباب ۲۲ من أبواب التیمّم.

۴- وسائل الشیعه: ۳/ ۳۷۰ الحدیث ۳۸۹۵ و ۳۸۹۷.

۵- وسائل الشیعه: ۴/ ۴۴۸ الباب ۵۰ من أبواب لباس المصلّی.

المستوعب و عدم وجدان الساتر فی تمام الوقت لا موجب له، و هكذا بالنسبه إلی الساتر النجس و إن كان يظهر منهم وجوب التأخير فيه (۱).

و لكنّ الظاهر منهم فی مسأله الاضطرار إلی السجود علی النجس تسالمهم علی عدم لزوم الإعاده مع التمكّن إلی الطاهر فی الوقت (۲)، فراجع.

بل لنا دعوی ذلك بالنسبه إلی مطلق الشروط، حيث إنّ القدر المتيقّن منها اختصاصها بحال التمكّن و الاختيار و القدره علی إيجاد الشروط، و قد أشار إلی ذلك المحقّق اليزدی الحائری قدّس سرّه فی صلاته (۳).

۱- الحدائق الناضره: ۵/ ۳۵۰.

۲- العروه الوثقی: ۱/ ۱۰۰ المسأله ۱۲.

۳- كتاب الصلاه للشيخ الحائری اليزدی: ۲۶۳.

حکم خرء الطیر و بوله

فرع:

اختلفوا فی نجاسه خرء الطیر الغیر المأکول، نسبت النجاسه إلی المشهور (۱) استنادا إلی إطلاق الروایات الدالّه علی نجاسه أبوال غیر المأکول (۲)، ثم التعدّی منها إلی خرء الطیر للإجماع المرکّب، و خصوص بعض الروایات الدالّه علی نجاسه مطلق العذره (۳)، و فیها ما لا یخفی.

فالتحقیق؛ طهاره بوله و خرئه لصحیحه أبی بصیر الصریحه فیهما (۴)، لما عمل بها جمع من القدماء و المتأخّرین (۵) و إن کانت النسبه بینها و الروایات المقابله العموم من وجه، إلّا أنّ الترجیح لهذه الروایه من جهات، أظهرها التعبیر فیها بالطیر لا المأکول، فلولا له خصوصیّه لکان التعبیر بغیره أولی، مضافا إلی انصراف غیر المأکول عن الطیر، و لو سلّمنا التکافؤ فتتساقطان، فقاعده الطهاره محکمه.

۱- مختلف الشیعه: ۱/ ۴۵۶.

۲- وسائل الشیعه: ۳/ ۴۰۴ باب ۸ من أبواب النجاسات.

۳- بحار الأنوار: ۸۰/ ۱۲۷ الحدیث ۲.

۴- وسائل الشیعه: ۳/ ۴۱۲ الحدیث ۴۰۱۵.

۵- من لا یحضره الفقیه: ۱/ ۴۱، المقنع: ۱۴، المبسوط: ۱/ ۳۹، و نقل عن ابن أبی عقیل و الجعفی فی ذکری الشیعه: ۱/ ۱۱۰، کشف اللثام: ۱/ ۳۹۰، و مدارک الأحکام: ۲/ ۲۶۲، و نقل عن جماعه من المتأخّرین فی جواهر الکلام: ۵/ ۲۷۵.

و دعوى كون روايات النجاسه موافقه للمشهور (۱)، فاسده؛ إذ الشهره فى المسأله فتوائىّ، لا من جهه الروايه.

نعم؛ فى خصوص الخفّاش وردت الروايه الّتى رواها الشيخ (۲)، و لكنّها غير صريحه فى النجاسه، بل فيها أمر بالغسل، مع أنّها معارضه بما هى صريحه فى الطهاره، و الشهره على النجاسه فى بوله و إن كانت محقّقه، إلّا أنّ الكلام هنا كما تقدّم، و لم يثبت الشهره الاستناديّه (۳).

فرع:

لا إشكال فى تعميم الحكم بالنسبه إلى غير المأكول أن تكون حرمه الأكل ذاتيا أم عرضيّا، إنّما الكلام فى أبوال غير المأكول و غائطه ممّا لا نفس له، فإنّ دعوى انصراف غير المأكول عن مثل الحيّه و الوزغه و نحوهما فى محلّها، مع أنّه لم يثبت أن يكون لأمثاله بول، مع أنّه قد عرفت عمده مستند نجاسه غائط غير المأكول و خرئه؛ الإجماع، و لا إطلاق و لا عموم له، فلا مانع من قاعده الطهاره،

۱- لاحظ! جواهر الكلام: ۵/ ۲۷۷، المعتبر: ۱/ ۴۱۱.

۲- تهذيب الأحكام: ۱/ ۲۸۱ الحديث ۷۷۷، وسائل الشيعه: ۳/ ۴۱۲ الحديث ۴۰۱۸.

۳- «كلّ شى ء يطير لا بأس بخرئه و بوله» مضافا إلى عمومات أدلّه النجاسه «اغسل ثوبك من أبوال ما لا يؤكل لحمه» (وسائل الشيعه: ۳/ ۴۰۵ الحديث ۳۹۸۸ و ۳۹۸۹) و الروايات الّتى علّق حليّه الأكل على مأكول اللحم (وسائل الشيعه: ۲۵/ ۸۱ الباب ۴۰ من أبواب الأطعمه المباحه). و أمّا قول العلّامه: إنّ الروايه الاولى الّتى استدلّ بها الآخرون فلا بدّ من تخصيصها بالخفّاش قطعا فيلحق به غيره (مختلف الشيعه: ۱ / ۴۵۷)، فلا يتمّ إلّا أن يستكشف المناط القطعىّ، و لا بدّ من ملاحظه النسبه بين الروايتين: الموثّقه و الحسنه، و رعايه الترجيح لهما بعد العجز عن الجمع الدلالىّ بينهما، مع أنّه بمثابه من الإمكان، لظهور الأولى فى الطير، و كونه تمام الموضوع للحكم لا المأكول منه، بخلاف الحسنه، فإنّها منصرفه إلى مأكول اللحم من غير الطير، بل هو الظاهر منها؛ بخلاف الأولى الّتى لا يبعد دعوى الصراحه فى الطير، كما أشرنا إليه، «منه رحمه اللّه».

كما أنّه تجرى بالنسبه إلى الغائط و بول الحيوان المشتبه حرمه و حلّيه، سواء كانت الشبهه موضوعيّه أو حكميّه.

و هكذا فى جميع أقسام الشكّ من كونهما ممّا لا نفس له أو غيره، و إن كان الأصل فى مثله فى الشكّ فى حلّيه الأكل و نجاسه ميتته الحرمه و النجاسه، على التفصيل فى محلّه من حيث الشكّ فى قابليّته للذبح أو وقوع الذبح، و أنّ القابليّه هى من شرائط الذبح أو أمر خارج عنه، و أنّه بناء على الأخير فيما إذا احرز الذبح تجرى أصاله الحلّ، و لا مجال لجريان أصاله الحرمه الثابت حال الحياه (۱)، لأن المفروض عدم الاشتباه فى الأمور الخارجيّه، بل الشبهه من حيث الحكم، بناء على جريان أصاله الحلّ فى الشبهات الحكميّه، كما هو التحقيق.

۱- و إن كان الأمر كذلك، و لا يجوز أكل الحيوان الحىّ كما صرّحوا به فى السمك (جواهر الكلام: ۳۶/ ۱۷۰) و يظهر منهم فى غيره أنّ الحكم ثابت أيضا. فراجع، «منه رحمه اللّه».

نجاسه المنی

فرع:

لا إشکال عندهم فی نجاسه المنیّ من کلّ حیوان ذی نفس، إنّما البحث فی دلیله، إذ الظاهر من الأخبار هو منیّ الإنسان (۱)، و لا إطلاق لها حتّی تشمل غیره، مضافا إلی تصریح جمله من الروایات أنّ ما أکل لحمه لا بأس بما یخرج منه (۲).

فحینئذ إن ثبت الإجماع بالنسبه إلی ما لا نفس له مطلقا فلا محیص عن الالتزام بالنجاسه، و إلّا فقاعده الطهاره بالنسبه إلی منیّ غیر الإنسان محکمه، و الاحتیاط لا ینبغی ترکه، خصوصا فی غیر المأکول من الحیوان.

۱- وسائل الشیعه: ۳/ ۴۲۳ الباب ۱۶ من أبواب النجاسات.

۲- وسائل الشیعه: ۳/ ۴۰۹ الحدیث ۴۰۰۵ و ۴۱۴ الحدیث ۴۰۲۲.

نجاسه المیته

من النجاسات المیته، البحث فیها من جهات:

الاولی؛ قالوا: میته ماله نفس سائله نجسه، الّتی یقال [لها] بالفارسیّه:

(خون جهنده) مع أنّ الروایات مطلقه (۱)، و هکذا الآیه (۲).

نعم؛ فی روایه أبی بصیر قال علیه السّلام: «لا یفسد الماء إلّا ما کانت له نفس سائله» (۳) و مقتضی الصناعه تقیید سائر الروایات بها؛ إذ المراد بالنفس هو الدم، و السائل [ما له] الجریان، و أنت خبیر بأنّ غایه ما یستفاد منها اعتبار الدم الجاری، و أما ما یخرج بالدفع و الحدّه فلا، إلّا أن یقال: إنّ ما لا یخرج بالدفع و الشدّه هو الرشح لا السیلان، و إنّما السائل هو الکثیر الجاری لا مثل دم السمک و نحوه.

و الحاصل؛ أنّه إذا کان المراد بالنفس- کما فی أکثر الروایات- الدم (۴)، و هو کیفما کان له جریان فی الجمله، فإذا قیّدت بالسیلان- کما فی بعض

۱- وسائل الشیعه: ۳/ ۴۶۱ و ۴۶۲ الحدیث ۴۱۷۸ و ۴۱۷۹.

۲- البقره (۲): ۱۷۳، المائده (۵): ۳، الأنعام (۶): ۱۴۵، النحل (۱۶): ۱۱۵.

۳- وسائل الشیعه: ۳/ ۴۶۴ الحدیث ۴۱۸۴ و ۴۱۸۷، و لم ترد هذه الروایه عن أبی بصیر فی الجوامع الحدیثیّه.

۴- وسائل الشیعه: ۳/ ۴۶۳ الباب ۳۵ من أبواب النجاسات.

الروايات (۱)- فالمراد بالمجموع يكون ما اعتبروا من الدم الكثير الّذى يخرج بالدفع لا مطلق الدم الجارى، فتدبّر!

الثانيه؛ لا إشكال فى نجاسه أجزاء الميته فى الجمله، عدا ما استثنى، إنّما الكلام فى الأجزاء المبانه من الحىّ كالأليات المقطوعه من الغنم و نحوها، و أنّ حكمها فى النجاسه حكم الميته مطلقا، المشهور أنّها كذلك، لإطلاق الميته على الأجزاء المبانه فى جمله من الروايات، مثل قوله عليه السّلام: «فما أخذت الحباله فقطعت منه شيئا فهو ميّت» (۲).

و فيه؛ أنّه يتمّ لو كان المراد منه التنزيل من جميع الجهات، مع أنّ القرينه فيها على أنّ المراد منها حرمه الأكل، موجوده، مضافا إلى أنّ الالتزام بإطلاق التنزيل فيما إذا لم يكن فى البين قدر متيقّن.

إن قلت: إنّ الذبح إنّما هو لحليّه الأجزاء، فلو لم تكن القطعه المبانه هى الميته لأمكن تقطيع الحيوان إلى قطعات بلا احتياج إلى الذبح.

قلت: لا- ننكر أنّ الحليّه متوقّفه على الذبح، و بدونه القطعات المبانه محرّمه، إنّما الكلام فى نجاسه القطعه المبانه، و أنّ طهارتها أيضا تتوقّف على الذبح، و أنّها بحكم الميته من جميع الجهات.

هذا؛ و لكن لمّا كانت الميته فى الشريعه ليست هى ما مات حتف أنفه، بل هى فى اصطلاح المتشرّعه كلّ ما لم يذكّ، و من المعلوم أنّ القطعه المبانه يصدق عليها هذا العنوان، فهى ميته، فتأمّل!

۱- وسائل الشيعه: ۳/ ۴۶۴ الحديث ۴۱۸۴ و ۴۱۸۷.

۲- وسائل الشيعه: ۲۳/ ۳۷۶ الحديث ۲۹۷۹۰- ۲۹۷۹۲.

و یمکن أیضا استفاده الحکم عن الروایات الدالّه علی أنّ ألیات الغنم المقطوعه لا ینتفع بها، و لا یستصبح، لأنّها تصیب الثوب و الید (۱)، و إن کانت تلک الروایات ضعیفه السند، کما أشار إلیها فی «الحدائق» (۲) و أیضا الإجماع و السیره العملیّه علی نجاستها محقّقه، فعلی هذا ینبغی الاجتناب عن القطعه المبانه، و لکن لا- القطعات الصغار کالبثور و الثالول و ما ینفصل عن الجسد عند الحکّ و نحوها؛ إذ الأدلّه المتقدّمه قاصره عن شمول مثلها جدّا، و القدر المتیقّن من السیره غیرها، کما لا یخفی.

الثالثه؛ لا خلاف فی استثناء بعض أجزاء المیته عنها، کالشعر و الوبر و القرن و غیرها ممّا لا روح لها، و إنّما الإشکال فی بعض مصادیقها کالإنفحه و اللبن و الفاره.

أمّا الاولی؛ فوقع الکلام فی المراد بها، و أنّها المائع المجتمع فی کرش الحمل و الجدی ما لم یأکلا، و یکونا رضیعا، أو هو و ظرفه، أو المراد بها الظرف فقط (۳).

و التحقیق؛ استثناء نفس المائع الّذی یتبدّل اللبن الّذی یشربه الرضیع من الحیوان به، و هو الّذی یعمل منه الجبن، إذ هو القدر المتیقّن من النصوص و کلام اللغویّین (۴)، و لا بدّ حینئذ من الالتزام بطهاره باطن الجلده؛ للملازمه العرفیّه، و أمّا ظاهرها فلا، بل ینبغی تطهیرها؛ للشکّ فی خروج أصل الجلده، کما عرفت، و یکون حکمها کسائر الأجزاء.

۱- وسائل الشیعه: ۲۴/ ۷۱ الباب ۳۰ من أبواب الذبائح.

۲- الحدائق الناضره: ۵/ ۷۲- ۷۴.

۳- الحدائق الناضره: ۵/ ۸۶.

۴- وسائل الشیعه: ۲۴/ ۱۷۹ الباب ۳۳ من أبواب الأطعمه المحرّمه، و انظر! الحدائق الناضره: ۵/ ۸۶، المصباح المنیر: ۶۱۶ (نفح).

و من المعلوم أنّها ليست ممّا لا روح لها حتّى يخرج عن حكم الميته بالتعليل الوارد فى أخبار المستثنيات، بل الجلده كالمعده و سائر الأعضاء الداخليّه.

هذا؛ و أمّا ما ورد من الأخبار الدالّه على طهاره الجبن المشترى من السوق للشكّ فى كون الميته فيه (۱)، الّذى يستفاد منها ثبوت نجاسه أصل المائع و الإنفحه، و إنّما حكم الطهاره للمشكوك من الجبن، فالظاهر أن تلك الأخبار وردت تقيّه، كما يظهر بالمراجعه إليها، خصوصا الروايه المشتمله على السؤال و الجواب عن هذا الموضوع (۲)، و السائل هو قتاده، و الظاهر أنّه من رجال العامّه (۳).

و أمّا الثانى؛ و هو اللبن؛ لا إشكال فيه دليلا، حيث إنّ الأخبار المستفيضه المعمول بها مشتمله على استثنائه (۴)، و إنّما المخالف هو ابن إدريس و بعض آخر (۵) و العجب من شيخنا الأنصارى كيف خالف (۶)؟! و أعجب من ذلك جعله قدّس سرّه نجاسه الملاقى للنجس من القواعد الّتى غير قابله للاستثناء كالقواعد العقليّه، و جعلها مثل قاعده «الناس مسلّطون» أو قاعده «حرمه الدباء» فكما أنّه لا يجوز الخروج عن أمثالهما إلّا بدليل قطعىّ قوىّ، فكذلك ضابطه نجاسه الملاقى للنجس (۷).

۱- وسائل الشيعه: ۲۴/ ۱۷۹ الباب ۳۳ من أبواب الأطعمه المحرّمه.

۲- وسائل الشيعه: ۲۴/ ۱۷۹ الحديث ۳۰۲۸۶.

۳- انظر! تنقيح المقال: ۲/ ۲۷.

۴- وسائل الشيعه: ۲۴/ ۱۸۰ الحديث ۳۰۲۸۸ و ۱۸۲ الحديث ۳۰۲۹۴ و ۳۰۲۹۵.

۵- السرائر: ۳/ ۱۱۲، المراسم: ۲۱۱.

۶- المكاسب: ۱/ ۳۵.

۷- بظهور المناط فيها، و هو السرايه كما فى تلك، «منه رحمه اللّه».

و أنت خبير بأنّ هـذه القاعـده ليست كـذلك (بهذه المثابه)، و الاسـتثناء عنها ليس بعزيز، مضافا إلى أنّه يمكن الدعوى قريبا بأنّ النجـاسه ليست أمرا حقيقيّـا واقعيّا، بل أمر تعبّـدىّ، كما يظهر ذلك من كيفيه تنجيس النجاسات و توسـعه المطهّرات، مع أنّها لو كـانت امورا واقعيّه العقـل و العرف لاـ يساعـدان على تطهير الأرض- مثلا- باطن النعل و الرجل و إن بقى أثر النجاسه، و هكـذا طهاره غساله الاستنجاء بل مطلقا، و التطهير فى نحو المركن، و غير ذلك من الأحكام المسلّمه فى باب الطهاره، فتأمّل.

و أمّا المسک؛ لا يخفى أنّه ليس كسائر المستثنيات، بأن يدلّ عليه دليل خاصّ، بل خروجه إنّما هو لما يستفاد من طهاره المسک و جواز اسـتعماله من الأخبار و السـيره القطعيّه إلى زمان المعصوم عليه السّـلام، فعلى هـذا لا ينبغى البحث فيه إلّا على ما تقتضـيه القاعده.

فنقول: تاره الكلام فى نفس المسک، و اخرى فى فارته و ظرفه.

أمّا الجهه الاولى؛ فالمسک بأقسامه الأربعه إن كان هو دم الظبى المخصوص يكون محلّ الإشـكال، إلّا أنّ يتيقّن باسـتحالته، كما لا ريب فيه بالنسـبه إلى بعض صوره، و هو ما إذا يبست فأرته و انجمد المسک فيه، إلّا أنّ مجال إنكار كونه دما أصلا واسع، بل هو أمر آخر يشـبه بعض أقسـامه لون الـدم، مضافـا إلى أنّ الشـکّ فيه يكفى للحكم بطهارته؛ لكون الشـبهه موضوعيّه، مع أنّه لا عموم لنجاسه مطلق الدم على ما سيأتى إن شاء اللّه.

و أمّا فأرته، أمّا فى حال حياه الظبى فإذا يبست و انقطع بنفسـها أو بعلاج، بحيث يعـدّ أمرا خارجا عن أجزاء الظبى فهى طاهره، و تكون كسائر الأجزاء

المبانه من الحیوان الّتی یعدّ من ثمراته و فضلاته، و کذلک إذا یبست فی حیاته و انفصلت بعد موته، فحینئذ أیضا طاهر؛ لأنّه یکون من أجزاء المیته الّتی لا روح لها.

و أمّا قبل الیبوسه فهی نجسه، سواء فی حیاته أو موته؛ لأنّها من أجزاء الحیوان.

نعم؛ إذا شکّ فی ذلک فهی محکوم بالطهاره؛ لکون الشبهه موضوعیّه، فلا یحتاج إلی الأماره.

تذییل: قالوا: سوق الإسلام و ید المسلم أماره التذکیه، و یدلّ علیهما- مضافا إلی السیره القطعیّه الشرعیّه و العقلائیّه- الأخبار الخاصّه، مثل روایه الصدوق قدّس سرّه عن سلیمان بن جعفر (۱)، و روایه الکلینی عن أحمد بن محمّد بن أبی نصر، قال: سألته علیه السّلام عن الرجل یأتی السوق فیشتری جبّه فراء لا یدری أ ذکیّه هی أم غیر ذکیّه، أ یصلّی فیها؟ قال: «نعم لیس علیکم المسأله» (۲) .. إلی آخره.

و خبر إسماعیل بن عیسی قال: سألت أبا الحسن علیه السّلام عن الجلود الفراء یشتریها الرجل فی سوق من أسواق الجبل أ یسأل عن ذکاته إذا کان البائع مسلما غیر عارف؟ قال: «علیکم أن تسألوا عنه إذا رأیتم المشرکین یبیعون ذلک، و إذا رأیتم یصلّون فیه فلا تسألوا عنه» (۳) و غیر ذلک من الأخبار الّتی حاصل ما یستفاد منها أنّ بلد المسلمین من سوقهم و غیره، بل کلّ محلّ غالب أهله

۱- من لا یحضره الفقیه: ۱/ ۱۶۷ الحدیث ۷۸۷، وسائل الشیعه: ۳/ ۴۹۱ الحدیث ۴۲۶۲.

۲- لم نعثر علیها فی الکافی، و إنّما رواها الشیخ فی تهذیب الأحکام: ۲/ ۳۹۶ الحدیث ۱۵۲۹، عنه وسائل الشیعه: ۳/ ۴۹۱ الحدیث ۴۲۶۲.

۳- وسائل الشیعه: ۳/ ۴۹۲ الحدیث ۴۲۶۶.

المسلمون، الجلود و غيرها من أجزاء الحيوان محكوم بالتذكيه (۱).

فإنّ بلد الإسلام طريق إليها و إن اخذت من يد مجهول الحال، لا ما إذا اخذ من الكافر، أو كان مسبوقا بيده، إلّا إذا كان المسلم الّذى أخذ منه رؤى أنّه يعامل معه معامله التذكيه، كأن يصلّى فيه.

فالسوق طريق إلى اليد الّتى هى بنفسها أماره التذكيه، كما أنّ معامله المسلم فى ما كان مسبوقا بيد الكافر معامله التذكيه أيضا محموله على الصحّه و طريق إليها أيضا للآخرين، و فى غير هاتين الصورتين أصاله عدم التذكيه محكّمه.

۱- وسائل الشيعه: ۳/ ۴۹۰ الباب ۵۰ من أبواب النجاسات.

نجاسه الدم

یقع البحث فیه من جهات:

الاولی- و هی عمدتها- إثبات النجاسه مطلقا، بحیث یکون الأصل فیه ذلک حتّی یرجع إلیه فی موارد الشکّ، و الحقّ أنّه لیس لنا دلیل علیه، إذ الأخبار الوارده فیه لیست إلّا ما تشتمل علی السؤال و الجواب فی الموارد الخاصّه، و الإطلاق فیها وارد مورد حکم آخر، إلّا أن یدّعی الإطلاق المقامیّ، و أنّ العرف یفهم منها ذلک، و أنّ مناط النجاسه لیس إلّا طبیعه الدم من أیّ شی ء و فی أیّ محلّ، و إثبات ذلک فی غایه الإشکال.

ثانیها؛ فی الدّم المستثنی، و هو دم غیر ذی النفس، و الظاهر أنّه لا کلام فی طهارته، و إنّما البحث فی الدلیل علیها، فإنّ مثل ما ورد فی دم میته ذی النفس (۱) و اعتبر فی الموثّقه ماله نفس (۲)، لم یرد هنا، و لذلک تشبّث کلّ إلی وجه بعد کون الحکم قطعیّا.

و الّذی توجّه إلیه نظری القاصر هو أنّ فی جمله أخبار المستثنیات من المیته قال علیه السّلام: «إنّه لا دم له» (۳) مع أنا نری حسّا أنّ لها دم فی الجمله، فیستفاد

۱- وسائل الشیعه: ۳/ ۵۲۷ الباب ۸۲ من أبواب النجاسات.

۲- وسائل الشیعه: ۳/ ۵۲۷ الحدیث ۴۳۶۸.

۳- وسائل الشیعه: ۳/ ۴۶۳ الحدیث ۴۱۸۳، مع اختلاف یسیر، مستدرک الوسائل: ۲/ ۵۸۰ الحدیث ۲۷۸۵.

من ذلک أنّ المراد نفی الحکم بلسان نفی الموضوع، فیصیر ذلک حاکما علی أدلّه نجاسه الدم، فتأمّل. مع أنّ الأمر بعد إنکار العموم و الإطلاق فی الدم سهل.

الجهه الثالثه؛ فی حکم الدم و غیره من النجاسات فی البواطن، و هذا من أهمّ مباحث النجاسات (۱).

و مجمل القول فیه حیثما تقتضیه القواعد هو الالتزام بالطهاره علی أحد الوجهین: إمّا أن یبنی علی نجاسه الدم مطلقا، بأن نقول: و إن کان أصل الحکم مصطادا من الموارد الجزئیّه و المواقع الخاصّه، إلّا أنه لیس شأن حکم الدم إلّا کسائر الأحکام الشرعیّه الکلیّه من الموارد الخاصّه، فإنّ العرف إذا قیل له: دم البقر مثلا نجس لا یفرّق بینه و بین دم الغنم و سائر الحیوانات، و کذلک لا یفرّق بین محالّه من الظاهر و الباطن، کما إذا قیل: هذا الخمر حرام، فأینما کانت یفهم منه الحرمه مطلقا و إن کان المشار إلیه إناء مخصوصا.

فعلی هذا لا یبقی مجال للتشکیک من حیث إطلاق نجاسه الدم و البول و نحوه فی البواطن، إلّا أنّه لمّا کان شرط تأثیر النجس قابلیّه المحلّ للتنجّس، فکلّ ما یشکّ فیها فلمّا لا أصل و لا دلیل [فی المقام] یثبت القابلیّه، فقاعده الطهاره محکمه (۲).

فعلی هذا نفس البواطن لا ینبغی الحکم بنجاستها، کباطن الفم و الأنف و غیرهما إذا خرج منهما الدم؛ لإمکان أن یکون البواطن کالأجسام الصقیله

۱- و اختلف الأصحاب فیها جدّا، و أفتی کلّ بفتوی مخصوصه. فراجع، «منه رحمه اللّه».

۲- و لا یلزم منه تقیید فی إطلاق نجاسه الدم، کما إذا قیل: الکرّ لا ینفعل، لا یوجب التخصیص فی عموم النجاسات؛ لأنّ الکرّ غیر قابل للانفعال، «منه رحمه اللّه».

كالزئبق الغير القابله للتنجّس، و قد عرفت، بل الشكّ يكفى للحكم بطهارتها.

نعم؛ إذا ادخل شى ء من الخارج و لاقى الدم أو البول ينجس بمقتضى ما بيّنا و إن لم يكن عليه فى الخارج أثر النجاسه، هذا حاصل ما حقّقه صاحب «الحدائق» على ما نقل (۱).

و الوجه الثانى؛ هو أن يقال: إنّ حكم الدم استفيد عن الموارد الّتى وقع فى السؤال و الجواب إصابه الثوب أو البدن و نحوهما الدم، و غايه ما تدلّ عليه مجموع هذه الأسئله و الأجوبه أنّ ملاقاه أمثال ما ذكر الدم توجب نجاسه الملاقى، فلا بدّ أن يكون هنا ملاقى- بالفتح- و ملاق- بالكسر- و لا خفاء أنّ الدم و كذلك البول ما داما فى الباطن لا يصدق عليهما هذا المفهوم، فلا يثبت الحكم حينئذ.

و الحاصل؛ أنّ الظاهر عدم وجود دليل يستكشف منه نجاسه صرف وجود الدم، بل الدليل على خلافه، كما فى أخبار الرعاف و غيره قال عليه السّلام: «إنّما عليك أن تغسل الظاهر دون الباطن» (۲).

فعلى هذا؛ لقد أحسن و أجاد من أفتى بعدم النجاسه فى البواطن؛ فبنى على طهاره النوى الخارج، و كذلك زجاج الحقنه إذا خرجا نقيّا و إن علم بملاقاتهما البول و العذره، و كذلك طهاره الإبره و نحوها إذا ادخلت فى البدن و خرجت نقيّه (۳)، بخلاف الوجه السابق، فعليه التزم بالنجاسه فى هذا الفرع.

و بالجمله؛ على الوجه السابق لا بدّ من التفصيل بخلاف الّذى قرّرنا، حيث

۱- الحدائق الناضره: ۵/ ۳۴۳- ۳۴۴.

۲- وسائل الشيعه: ۳/ ۴۳۸ الحديث ۴۰۹۸ و ۴۰۹۹.

۳- العروه الوثقى: ۱/ ۵۶ المسأله ۱، و ۶۵ المسأله ۱۲.

إنّ القاعده هی الطهاره کلیّه ما لم یلاق شیئا [من] الدم و غیره فی الخارج.

نعم؛ فی بعض الموارد تکون الشبهه مصداقیّه، کما فی باطن الفم أو القسمه الداخلیّه المقدّمه من الأنف، حیث اختلفت الفتوی فیها أیضا، و لکن علی کلا التقریبین (۱) مقتضی القاعده فیهما أیضا الطهاره، و هکذا إذا ادخل نجاسه من الخارج إلی الداخل، فإذا زالت عینها فالباطن باق علی طهارته و إن ورد إدخال الماء فی الفم فهو لإخراج عین النجاسه لا للتطهیر، فافهم!

۱- و إمّا من جهه الشکّ فی القابلیّه، أو التشکیک فی الإطلاق، «منه رحمه اللّه».

حکم العصیر العنبی

الإشکال فی باب العصیر العنبی من حیث النجاسه من جهات:

الاولی: من جهه الکبری، أی أصل النجاسه، و أنّها من مصادیق الخمر أم هو أمر آخر فی عرضها، و الشارع حرّمها و حکم بنجاستها تعبّدا؟ علی خلاف.

الثانیه: من جهه الصغری؛ من حیث إنّ العصیر بمجرّد الغلیان و النشیش و إن لم یثخن یحرم و ینجس، أو یعتبر فیها الثخونه، بل الاشتداد؟

ثمّ إنّه هل النجاسه مترتّبه علی الغلیان مطلقا، سواء کان بنفسه أم بالنار، أو یختصّ بالأوّل؟

ثمّ إنّه هنا جهه اخری، و هی إشکال أخبار الباب من حیث فقه بعضها، و اضطراب بعض آخر متنا و سندا.

أما الجهه الاولی (۱) فالالتزام بکون العصیر العنبیّ مطلقا من مصادیق الخمر تحکّم محض، لا یساعد علیه اللغه و لا العرف، فإنّ الخمر لها طریق معمول مرسوم مثل الخلّ، لا ربط له بالعصیر، کما هو واضح.

نعم؛ قد یتوهّم إلحاقه بها (۲) من جهه بعض الأخبار (۳)، کما فی خبر معاویه

۱- من جهات الصغری، «منه رحمه اللّه».

۲- شرائع الإسلام: ۱/ ۵۲، مدارک الأحکام: ۲/ ۲۹۲ و ۲۹۳.

۳- وسائل الشیعه: ۲۵/ ۲۹۲ الباب ۷ من أبواب الأشربه المحرّمه.

ابن عمّار، حيث قال عليه السّلام فى جواب سؤاله عن البختج قبل ذهاب ثلثيه: «إنّه خمر» (۱).

و لكن- مع الغضّ عن اضطرابه متنا و أنّه ليس فى نسخه «الكافى» (۲) هذه اللفظه- أنّه لا يستفاد منها إلّا التنزيل، لا إلحاقه بالخمر موضوعا من باب الإخبار عن أمر واقعىّ خارجىّ أو من باب التعبّد.

و بالجمله؛ لا إشكال فى أنّ العصير ليس خمرا مطلقا و إن كان قد تتصادق عليه، كما نشير إليه، و لذلك عقدوا له بابا خاصّا قديما و حديثا، كما أنّ له عنوانا على حده فى الأخبار (۳).

و أمّا الجهه الثانيه؛ لا إشكال فى أنّ العصير قد يطبخ حتّى يجعل دبسا و ربّا فيغلى بالنار، و هذا هو الّذى وقع سؤالا و جوابا فى الأخبار، و قد حكم فيها بالحرمه قبل ذهاب ثلثيه (۴)، و ليس فى هذه الأخبار دلاله بل إشعار بالنجاسه.

و قسم (۵) من العصير يوضع حتّى يغلى بنفسه بحيث يحتمل أن يسكر، فيصير مصداقا للخمر، و لا ريب أنّه حينئذ يصير حراما و نجسا، لأنّه إمّا خمر حقيقه، و إمّا مائع مسكر، و لكنّ الحكمين متوقّفان على العلم بالأمور المذكوره، و إلّا فمع الشكّ استصحاب الحلّ و الطهاره هو المرجع بلا كلام، و الاحتمال لا يؤثّر شيئا.

۱- تهذيب الأحكام: ۹/ ۱۴۳ الحديث ۵۲۶.

۲- الكافى: ۶/ ۴۲۱ الحديث ۷، وسائل الشيعه: ۲۵/ ۲۹۳ الحديث ۳۱۹۴۰.

۳- وسائل الشيعه: ۲۵/ ۲۹۲ الباب ۷ من أبواب الأشربه المحرمه.

۴- وسائل الشيعه: ۲۵/ ۲۸۲ الباب ۲ من أبواب الأشربه المحرّمه.

۵- و هذا هو الّذى بنى عليه ابن حمزه رحمه اللّه كلامه و حكم بالحرمه و النجاسه (الوسيله: ۳۶۵)، و أفتى به بعض المعاصرين، و قالوا بأنّ حلّيته و طهارته متوقّفه على التخليل، بل كلمات القدماء طرّا يرجع إلى ذلك، حسبما نقلها شيخ الشريعه قدّس سرّه فى رسالته، «منه رحمه اللّه».

نعم؛ مع الغليان و النشيش و حصول صفه الإسكار يثبت الحكمان بلا احتياج إلى الاشتداد و الثخونه، كما يكون كذلك- يعنى حكم الحرمه فقط ثابت- فى القسم الأوّل أيضا بمجرّد الغليان بالنار و إن لم يحصل الاشتداد، و لا يحلّ إلّا بعد التثليث، فتدلّ عليه الأخبار المصرّحه المفصّله بين ما إذا غلى العصير بالنار، و بين ما إذا غلى بنفسه، حيث جعلت غايه الحلّيّه فى الاولى ذهاب الثلثين؛ و الثانيه بأن تصير خلًّا، كما تدلّ عليه كلمات الفقهاء، و أمّا فى الأخبار، فالغايه غير مذكوره فى الأخيره.

و ذلك كلّه لعدم الدليل على اعتبار ذلك الاشتداد (۱) من الأخبار، و الّذى يدلّ عليه هو الغليان، بأن يصير أسفله أعلاه (۲) و بالعكس (۳).

و على كلّ حال لا دليل على نجاسه العصير (۴) بأيّ قسم منه أصلا، و أمّا دعوى الإجماع فى المسأله- مع أنّها غير معنونه فى كلمات القدماء أصلا- عجيبه، و كذلك ادّعاء الشهره، فإنّ شهره النجاسه ليست إلّا من المتأخّرين، و من المعلوم أنّها لا تكون دليلا، و لذلك اشتهرت طهاره العصير بين متأخّرى المتأخّرين.

و الّذى يحتمل قويّا أنّ منشأ الحكم بالنجاسه هو فتوى الشيخ قدّس سرّه الّذى هو مبدأ المتأخّرين و رئيسهم.

۱- بمعنى الغلظه؛ نعم؛ المراد به الثخونه و الحدّه الّتى هى الإسكار معتبر، كما يظهر ذلك بالتأمّل فى الأخبار و كلمات الأعلام الأخيار، و بالجمله فهذه الأوصاف الأربعه، أعنى الشدّه و النشيش و التغيّر و الزبد ملازمه بينها و هى ملازمه للإسكار، «منه رحمه اللّه».

۲- وسائل الشيعه: ۲۵/ ۲۸۷ الحديث ۳۱۹۲۶.

۳- كما أشار إليه بعض الأخبار، «منه رحمه اللّه».

۴- بعنوان العصير، «منه رحمه اللّه».

و منشأ فتواه قدّس سرّه قوله علیه السّلام فی روایه عمّار: «هو خمر» (۱) بناء علی روایته، مع أنّ هذه اللفظه لیست فی الحدیث علی روایه «الکافی» (۲) الّذی هو أضبط علی المشهور.

مضافا إلی أنّه مع التسلیم بکونه جزء الحدیث من حیث الدلاله فیه جهات من البحث؛ إذ لعلّه علیه السّلام حکم بکون نوع خاصّ من العصیر خمرا لا مطلقا؛ لأنّ الراوی یسأل عن البختج الّذی قیل: هو معرّب «می پخته» (۳)، و غیر ذلک من جهات الإشکال فی الحدیث الّذی [هو] حدیث زید النرسی، حیث وقع فیه تصحیف عجیب، و زید فیه جمله تدلّ علی إطلاق حکم النجاسه بالنسبه إلی ما إذا غلی العصیر بنفسه أو بالنار.

مع أنّه لیس فی أصل هذا الراوی الجلیل- علی ما ذکره المجلسی و غیره (۴)- أثر من الجمله المذکوره، بل هو أیضا موافق لسائر الأخبار، و ذکر حکم العصیر المطبوخ.

کما یشعر بذلک أیضا الأخبار المشتمله علی قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلم: «کلّ مسکر حرام» (۵) بحیث یستفاد منها الحصر کما یستشعر أیضا عن الأخبار الّتی مبتن حکمه التثلیث فی العصیر المطبوخ بالنار بأنّه یحفظ و یمنع عن الفساد و حصول

۱- تهذیب الأحکام: ۹/ ۱۴۳ الحدیث ۵۲۶.

۲- الکافی: ۶/ ۴۲۱ الحدیث ۷، وسائل الشیعه: ۲۵/ ۲۹۳ الحدیث ۳۱۹۴۰.

۳- لسان العرب: ۲/ ۲۱۱.

۴- بحار الأنوار: ۷۹/ ۱۷۷ الحدیث ۸، مستدرک الوسائل: ۳۸/ ۲۰۶۷۶.

۵- وسائل الشیعه: ۲۵/ ۳۲۵ باب ۱۵ من أبواب الأشربه المحرّمه.

حاله الإسكار، فيصير شرابا طيّبا و إن بقى سنه (۱).

و يـدفع ذلک كلّه إطلاقات الباب، مثل قوله عليه السّـلام: «كلّ ما غلى بالنّار فقد حرم» (۲) بل عمومها، بناء على عـدم تقييدها و تخصيصـها بمـا يسـتفاد من مجموع الأخبـار المشـار إليهـا المسـتفاد منها أنّ المناط هو حصول وصف الإسـكار فعلا أو صـيروره العصير بعد الغليان مظنّه الفساد.

و يمكن الدعوى بأنّ الوصـفين- أعنى الغليان مطلقا (۳) و الشـدّه- ملازم لحصول وصف الإسـكار و الخمريّه، كما ادّعاه العلّامه الطباطبائى (۴)؛ فحينئذ يرتفع الخلاف، و لكن الشأن إثباتها.

و بالجمله؛ ما استظهرنا من كلمات جلّ الفقهاء من التفصيل بين ما إذا غلى بالنار، أو بنفسه، ففى الأوّل لا يحلّ حتّى يذهب ثلثاه، و فى الثانى حليّته بصـيرورته خلًّا هو الّذى يستفاد من أخبار الباب أيضا، فإنّ من أمعن النظر إليها يرى أنّ كلّ ما كان الكلام فيها عن العصير المطبوخ فحليّته مغيّاه بالتثليث، بخلاف ما كان الكلام عن العصير المغلىّ بنفسه.

نعم؛ فى روايه زيد النرسـىّ (۵) ما يسـتفاد منها التعميم، و لكنّها محرّفه- على ما حقّقه شـيخ الشـريعه قـدّس سـرّه- و إنّ النسـخه الصحيحه منها توافق سائر الروايات.

و أمّا اعتبار أصله و رواياته فممّا لا إشكال فيه أصلا، و قد تعرّض له

۱- وسائل الشيعه: ۲۵/ ۲۸۸ الباب ۵ و ۲۹۵ الباب ۸ من أبواب الأشربه المحرّمه.

۲- مستدرک الوسائل: ۱۷/ ۳۸ ذيل الحديث ۲۰۶۷۶ مع اختلاف.

۳- بالنار أو بالنفس، «منه رحمه اللّه».

۴- رياض المسائل: ۱/ ۴۸۷.

۵- وسائل الشيعه: ۲۵/ ۲۹۱ الحديث ۳۱۹۳۵.

العلّامتان: الوحید البهبهانی و الطباطبائی، و غیرهما من الأعاظم (۱) رحمه اللّه علیهم و أنّ أصله منقول عن ابن أبی عمیر الّذی هو من أصحاب الإجماع، و لا یروی إلّا عن الثقه (۲).

فعلی کلّ حال من جهه الحجیّه و الاعتبار لا ـ مریه فی أصل زید النرسی، و إنّما الکلام فی متنه و دلالته، و قد تبیّن أخیرا أنّه مصحّف علی نقل متأخّری المتأخرین، و الصحیح المضبوط منه لا یخالف سائر الأخبار (۳).

۱- تعلیقات علی منهج المقال: ۱۴۳، رجال بحر العلوم: ۲/ ۳۶۵- ۳۷۸، و لاحظ! جامع الرواه: ۱/ ۳۴۳.

۲- الفهرست للشیخ الطوسی: ۱۷۲، جامع الرواه: ۱/ ۳۴۳.

۳- وسائل الشیعه: ۲۵/ ۲۸۲ الباب ۲ من أبواب الأشربه المحرّمه.

نجاسه الكافر

هـذا المبحث أيضا من المشـكلات، قال بعضـهم بنجاسـته مطلقا، مسـتدلّا بقوله تعالى: إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ (۱) و وجهه واضح (۲).

و استشكل فيها من جهه الكبرى

أوّلا؛ بأن المراد من «النجس» ليست النجاسه الاصطلاحيّه الشرعيّه، لأنّها مستحدثه من عصر الأئمّه عليهم السّلام إلى بعد، و أمّا وقت نزول الآيه فلم يكن المراد من «النجس» إلّا القذاره، و هي المعنى اللغوى، و لمّا لم يكن للكافر قذاره ظاهريّه حتّى ينطبق على اللغويّ فلا بدّ أن يحمل على النجاسه الحكميّه و القذاره الباطنيّه، كما لم يرد لفظ «النجس» في الأخبار بالمعنى المصطلح أيضا.

قالوا: و يؤيّد ذلك ذيل الآيه؛ إذ لو كان المراد المعنى المصطلح فلا بدّ من تخصيص الحكم، و هو عدم قرب الكافر و عدم دخولهم في المسجد الحرام بما إذا كانوا رطبا بمثل العرق و غيره حتّى لا يلوّث بهم المسجد الحرام؛ إذ لا خلاف في أنّ كلّ يابس ذكيّ، كما أنّ الحكم في مطلق النجاسات ذلك (۳).

۱- التوبه (۹): ۲۸.

۲- تذكره الفقهاء: ۱/ ۶۷.

۳- الحدائق الناضره: ۵/ ۱۶۴، لاحظ! جواهر الكلام: ۶/ ۴۲.

و بالجمله؛ لا سبيل إلى حمل النجس فى الآيه على المعنى المصطلح، فلا محيص عن الحمل إلى القذاره المعنويّه و هى نجاسه الكفر.

هذا حاصل ما اورد على الآيه.

و فيه؛ أنّ هذا وارد إذا كان المراد من النجاسه الشرعيّه مفهوما مباينا لمعناها اللغوىّ، و أمّا إذا كان من مصاديق ذلك المعنى، بأن كانت النجاسه الشرعيّه عين المفهوم اللغوى، غايته أنّ الشرع تصرّف فيها، بأن جعل لها حدودا خاصّه و وسّع دائره المفهوم اللغوىّ أو ضيّقه، فحينئذ لا منافاه بين المعنى اللغوىّ و الشرعىّ حتّى لا يجوز الجمع بينهما إلّا بالقرينه و المئونه، فالمراد بالنجس فى الآيه هو النجاسه الشرعيّه الّتى هى بين مصاديق القذاره اللغويّه.

و أمّا ذيل الآيه و الحكم بعدم جواز دخول الكافر المسجد أيضا لا ينافى هذا المعنى، بل هو مخصوص بهذا الفرد من النجاسات للفرار و إن لم يكن ملوّثا، و لا يلزم تخصيص الحكم بما إذا كان الكافر نجاسه مسريه، فيكون حاصل معنى الآيه- و اللّه أعلم-: أنّ الكافر قذر لسرايه نجاسته الباطنيّه إلى ظاهره، فلا يجوز أن يدخل المسجد الحرام، و لا مانع من هذا المعنى، و لا مبعد له سوى دعوى القطع بأنّ النجاسات الشرعيّه مطلقا إنّما يحرم إدخالها المسجد إذا كانت متعدّيه، و إلّا فلا، و إثباتها كليّا على مدّعيها.

و أمّا ثانيا؛ فالإشكال فى الآيه من جهه الصغرى، حيث إنّ الحكم على فرض التسليم مخصوص بالمشرك، فلا يعمّ الكافر بأقسامه من أهل الكتاب و غيره، و لذلك قيل بأنّهم أيضا مشركون، كما يدلّ ذيل آيه اخرى، و هو قوله

تعالی: سُبْحانَهُ عَمّا یُشْرِکُونَ (۱) (۲).

و فیه؛ أنّ هذا خلاف المعنی المصطلح من الشرک و المشرک؛ إذ الظاهر منه هو الّذی یری فی عرض ذاته تعالی شریکا فی خالقیّته و تدبیره، و هذا المعنی یختصّ بالوثنیّ و الصنمیّ و کلّ من اعتقد للموجودات و عالم التکوین مبدءین، و أمّا مثل الیهود و النصاری القائلین بأنّ اللّه تعالی اتّخذ عزیزا أو المسیح ولدا، و کذلک من اعتقد بالواسطه و المقرّب إلیه تعالی، فإطلاق الشرک علیهم إنّما یکون بالعنایه، و الإطلاق أعمّ، کما اطلق علی المرائی المشرک، مع أنّه لا یعبد إلّا اللّه، و إنّما یرائی عبادته لا أن یکون الناس معبودا.

و بالجمله؛ فهذه الجهات لمّا ینافی الخلوص و أنّه ساحته تعالی بری ء عن شئون الإمکان من اتّخاذ الولد و نحوه، فلذلک جعل تعالی الالتزام بها من الشرک، لا أن یکون المعتقد بها مشرکا حقیقیّا، و لذلک جعل المشرک فی القرآن غالبا فی عرض أهل الکتاب.

فعلی هذا یخرج أهل الکتاب عن مساق الآیه، و لا بدّ من البحث فیهم مستقلّا، کما علیه بناء الأصحاب.

و لقد أجاد المحقّق الهمدانی قدّس سرّه فی «مصباح الفقیه» فی البحث عن أهل الکتاب، و نقل عمده الأخبار و استدلال الفریقین القائلین بطهارتهم و نجاستهم.

و حاصل ما أفاد: أنّ الأخبار الّتی تمسّکوا بها لنجاستهم غیر دالّه علی نجاستهم الذاتیّه، بل فیها ما یستفاد منه طهارتهم من هذه الجهه، کقوله علیه السّلام فی

۱- التوبه (۹): ۳۱.

۲- الحدائق الناضره: ۵/ ۱۶۶.

روایه ابن مسلم: «لا تأکلوا فی آنیتهم و لا من طعامهم الّذی یطبخون، و لا فی آنیتهم الّتی یشربون فیها الخمر (۱)» (۲).

و لکنّ أخبار طهارتهم ظاهره فیها، و مشتمله علی شواهد دالّه علی أنّ أخبار النجاسه فی مقام بیان نجاستهم العرضیّه لا الذاتیّه، فهی علی حجّیّتها باقیه؛ إذ لا قصور فی دلالتها و کذلک فی سندها؛ لأنّها صحاح مستفیضه، و المفروض أنّ الطائفه الاولی لقصور دلالتها- کما أشرنا- لا تصلح لمعارضتها.

نعم؛ الذی یضعّفها ذهاب المشهور إلی نجاستهم، فبناء علی أنّ الشهره الفتوائیّه علی الخلاف یوجب سبب الوثوق و الاطمینان عن الروایه، یشکل القول بالطهاره، و المسأله تحتاج إلی المراجعه و مزید تأمّل حتّی یظهر الأمر و حقیقه الحال، و هو العالم.

بقی الکلام فی معنی الکفر و الکافر، فإنّ بعض مصادیقه مشکوک؛ إذ الکفر لغه بل اصطلاحا معناه: الجحود و الإکفار (۳). و علیه لا یصدق الکافر علی الشاکّ و المتردّد فی أرکان الدین، و ینحصر بالجاحد و المعاند، کما نری فی القرآن بالعیان أنّ خطاباته و زجره متوجّه إلیهما، مثل الآیات الکریمه: وَ جَحَدُوا بِهٰا وَ اسْتَیْقَنَتْهٰا أَنْفُسُهُمْ (۴) و یٰا أَهْلَ الْکِتٰابِ لِمَ تَلْبِسُونَ الْحَقَّ بِالْبٰاطِلِ وَ تَکْتُمُونَ

۱- وسائل الشیعه: ۳/ ۴۱۹ الحدیث ۴۰۴۰، انظر! مصباح الفقیه (کتاب الطهاره): ۵۵۸ و ۵۵۹ ط. ق.

۲- الظاهر أنّ هذه الأخبار لیست لبیان الطهاره و النجاسه، بل هی فی مقام الحکم بالاجتناب عن الیهود و النصاری، و عدم الخلطه معهم، و حاصلها: أنّها أحکام أخلاقیه، «منه رحمه اللّه».

۳- مجمع البحرین: ۳/ ۴۷۴.

۴- النمل (۲۷): ۱۴.

الْحَقَّ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ (۱) و غيرهما (۲).

و بـالجمله؛ الشـاكّ فى اللّه و رسوله و الأـمور الضـروريّه من الـدين وجـدانا ممكن، و صـريح كثير من الأخبار إحاله الكفر على الجحود، بحيث ما لم ينكروا لم يكفروا.

فحينئـذ لاـ مجال لإنكار الواسـطه بين الكفر و الإسـلام، و إن كان يظهر من الكتب الكلاميّه بل الفقهيّه إنكارها و إلحاق الشاكّ بالجاحد (۳)، و جعلوا الإسلام مقابل الكفر (۴).

فعلى هذا مقتضـى القاعده فى الشاكّ الّذى لا ينكر الاصول التفصـيل فى الأحكام، فما كان منها مترتّبه على الإسلام مثل النكاح و نحوه، لا يثبت للشاكّ، و ما كانت ثابته للكافر مثل النجاسه أيضا لا تثبت.

و لا فرق فى ذلك بين المنتحلين للإسلام- كما جعل هؤلاء مفاد الأخبار- و غيرهم.

إن قلت: إنّ الأخبار الّتى تدلّ على أنّ ما يحقن به الدماء و يجرى عليه المواريث هو الإقرار بالشـهادتين، و أنّ به يمتاز الكافر عن الإسلام (۵)، ترفع الواسطه و تبيّن الضابطه.

۱- آل عمران (۳): ۷۱.

۲- العنكبوت (۲۹): ۴۷، ۴۹.

۳- جواهر الكلام: ۶/ ۴۸.

۴- الحدائق الناضره: ۵/ ۱۶۲، و نقل فى «مصـباح الفقيه» تسالمهم عليه، و لـذلك أوّل الأخبار الّتى أشـرنا إليها، «منه رحمه اللّه»، مصباح الفقيه (كتاب الطهاره): ۵۵۷ ط. ق.

۵- الكافى: ۲/ ۲۴ الحديث ۱.

قلنا: أوّلا؛ لا منافاه بينها و الأخبار الّتى علّقت الكفر على الجحود (۱)، و قد اعترفنا بأنّ أحكام الإسلام لا تترتّب على الشاكّ.

و ثانيا؛ إنّه لا بـدّ من تقييـد تلك الأخبار بالّتى ذكرنا، بمعنى أنّه و إن كان مفادها أنّ غير المقرّ بالشـهادتين كافر، إلّا أنّه يقيّد بما إذا جحد، و أمّا الساكت فلا يترتّب عليه أحكام الكفر. فتأمّل جيّدا!

۱- الكافى: ۲/ ۳۳ الحديث ۲.

تطهیر الأوانی

فرع: یجب غسل الإناء من ولوغ الکلب ثلاثا أولاهنّ، بالتراب.

أقول: هذا الحکم فی الجمله من المسلّمات، إلّا أنّه کلّما تفحّصنا ما عثرنا علی روایه یستفاد منها الحکم بهذه الخصوصیّات؛ إذ لیس فی أخبار الباب (۱) إلّا روایه أبی العباس (۲)، مع أنّه لیس فیها لفظه الولوغ أوّلا، بل قال علیه السّلام: «لا تتوضّئوا من فضله» إلّا أن یقال: إنّه مساوق للولوغ الّذی هو شرب المائع باللسان، کما یشعر به النهی عن التّوضّؤ به، فتأمّل. فإنّه بیان لبعض آثاره، و لذلک یجری الحکم فی سائر المائعات.

و ثانیا- و هو العمده- لیس فیها ما یدلّ علی اعتبار الغسل ثلاثا، بل الظاهر منها اعتبار الغسل فقط بعد التعفیر بالتراب.

نعم؛ علی روایه المحقّق فی «المعتبر» حیث نقل هکذا: «ثمّ بالماء مرّتین» (۳) یتمّ الفتوی، إلّا أنّ الشأن إثبات کون هذه الروایه مستندا لفتوی الأصحاب، مع أنّها علی ما فی کتب الأحادیث خالیه عن هذا القید.

إن قلت: یمکن أن یکون مستندهم بالغسل ثلاثا روایه عمّار (۴) الّتی هی

۱- ما یمکن أن یتمسّک بها من المعتبرات، «منه رحمه اللّه».

۲- وسائل الشیعه: ۱/ ۲۲۶ الحدیث ۵۷۴.

۳- المعتبر: ۱/ ۴۵۸.

۴- وسائل الشیعه: ۲۵/ ۳۶۸ الحدیث ۳۲۱۴۲ و ۳۲۱۴۳.

المستند لاعتبار الثلاث فى مطلق الإناء.

قلت: فعلى هـذا لاـ بـدّ من الفتوى بالغسـل ثلاثـا بعـد التراب، مع أنّهم ما التزموا بـذلک، مضافا إلى أنّ تلک الموثّقه صـريحه أو ظاهره فى بيان تمام المراد، كما أنّ روايه أبى العبّاس كذلک، و تأبى عن التقييد جدّا.

فعلى هذا لا دليل على الحكم المزبور إلّا الإجماع المدّعى فى الباب، فإن تمّ فهو، و إلّا فيشكل الأمر جدّا.

ثمّ إنّه على [أنّه] يتعـدّى الحكم إلى لطع الكلب الإنـاء، أو وقـوع لعـاب فمه فيه، كمـا عليه جمـع (۱)، يمكن الالتزام بالتعـدّى و التعميم، بناء على أن يكون المسـتند روايه أبى العباس، حيث إنّ من قوله عليه السّلام أوّلا: «رجس نجس» «لا تتوضّئوا بفضله» «و اصبب ذلک الماء» (۲) .. إلى آخره، يسـتفاد من مجموع ذلک أنّ فى فم الكلب مطلقا قذاره خاصّه إذا أصابت الإناء لا تزول إلّا بالتعفير.

ثمّ إنّه هل يلحق الخنزير بالكلب فى لزوم التعفير و الغسل ثلاثا، أم لا؟

الّذى يظهر من قدماء الأصحاب ذلک (۳)، و لكن لم يظهر لنا دليل عليه من روايه و لا غيرها ممّا يعتدّ به.

و أمّا المشـهور بين المتأخّرين وجوب الغسل سبع مرّات (۴)، مستندا إلى صحيحه علىّ بن جعفر (۵) عليه السّلام و هو روايه تامّه الدلاله، و مع ذلک العجب من

۱- جواهر الكلام: ۶/ ۳۵۷.

۲- وسائل الشيعه: ۱/ ۲۲۶ الحديث ۵۷۴.

۳- الخلاف: ۱/ ۱۸۶ المسأله ۱۴۳.

۴- مختلف الشيعه: ۱/ ۴۹۶ المسأله ۲۵۸.

۵- وسائل الشيعه: ۱/ ۲۲۵ الحديث ۵۷۲.

القدماء کیف لم یعتمدوا علیها؟! و لذلک یشکل الأمر جدّا، حیث إنّه إن ثبت إعراض الأصحاب عنها فکیف عمل بها مشهور المتأخّرین؟ و إن لم یثبت، فلا بدّ من المصیر إلیها.

و علی کلّ حال لا مستند للقدماء من وجوب التعفیر، و أمّا الغسل ثلاثا فیمکن أن یکون مستندهم روایه عمّار الوارده فی مطلق الإناء (۱)، فتأمّل!

فرع: مثل الحنطه و الأرزّ بل الصابون ممّا لا یقبل العصر إذا تنجّست هل یطهر أم لا؟ فقال بعضهم بقبوله مطلقا (۲)، و فصّل بعضهم بین الماء الکثیر و الجاری [و القلیل]، فالتزموا بقبوله التطهیر [فی الماء الکثیر و الجاری] دون القلیل (۳).

و معلوم أنّ الخلاف فیما إذا تعدّت و سرت النجاسه إلی باطن ما ذکر، و نقول: إنّ البحث فی المقام من جهات:

الاولی؛ إنّ الأمور المذکوره غیر قابله للعصر، فالغساله لا یخرج منها.

و الثانیه؛ أنّ ما یدخل فی جوفها إنّما هو الرطوبه لا الماء، فلا یصدق الغسل.

الثالثه؛ أنّ وجود الرطوبه فیها مانعه عن تأثیر المطهّر، بل یصیر مضافا بالنسبه إلی بعضها.

الرابعه؛ عدم وجود إطلاق أو عموم یدلّ علی قبول کلّ متنجّس للتطهیر.

۱- وسائل الشیعه: ۲۵/ ۳۶۸ الحدیث ۳۲۱۴۳.

۲- جواهر الکلام: ۶/ ۱۵۱ و ۱۵۲، فقد نسب القول فیه إلی الأردبیلی و الکاشانی و النراقی و استقواه.

۳- جواهر الکلام: ۶/ ۱۵۰.

هذه عمده جهات الإشكال فی المسأله، و لکن بعضها یختصّ بالتطهیر بالقلیل کالاولی، حیث إنّ المطهّر القلیل لمّا ینفعل فلا بدّ من خروج الغساله فی الجمله (۱) حتّی یتطهّر المحلّ، و من المعلوم أنّ الکرّ و الجاری لا ینفعل، و لذلک بنینا علی عدم لزوم العصر فیهما، و بعضها یعمّ الکثیر مثل الثانیه.

و الحقّ أنّ تلک الجهه من الإشکال غیر قابله للذبّ؛ بداهه أنّه لا یصدق الغسل بالماء علی مثل الحنطه و الصابون إذا تنجّست و سرت النجاسه إلیها بوضعهما فی الکرّ أو الجاری لا عقلا و لا عرفا، و إن أصرّ قدّس سرّه فی «مصباح الفقیه» علی صدقه بتقریب له (۲).

هذا؛ و أمّا الجهتان الاخریان فلیستا بشی ء، کما یظهر للمتأمّل.

و مع ذلک؛ فالتحقیق أنّ الأشیاء المذکوره قابله للتطهیر؛ لأنّ باب التطهیر کالتنجیس أمر تعبّدیّ، بمعنی: کما أنّه لیس کلّ شی ء منجّسا إلّا أن یدلّ علیه دلیل شرعیّ، کذلک کیفیّه التطهیر فی الجمله، و تعیین أصل المطهّر إنّما هما بید الشرع، فلما نری أنّه جعل الأرض مطهّرا لباطن الکفّ و النعل مع بقاء الأثر، أو رشح الماء و صبّه فی بعض المتنجّسات کذلک.

و هکذا باب الاستنجاء و التطهیر بالأحجار مع بقاء الأثر، مثل الطشت من الماء و ما اعتبر ورود المطهّر، بمعنی أنّه اکتفی إلی صدق الورود ابتداءً لا استدامه، کما هو المسلّم و علیه الأصحاب.

و إنّما الخلاف فی ما إذا کان المتنجّس واردا من الأوّل، فکذلک فی تطهیر

۱- و ذلک؛ لأنّ الخروج رأسا لا یتحقّق فی مطلق المتنجّسات، «منه رحمه اللّه».

۲- مصباح الفقیه: ۶۰۲ ط. ق.

المتنجّسات المذكوره يكفى ورود الماء عليها و صدق الإصابه فى الجمله و إن لم يصدق الغسل عقلا بل عرفا؛ إذ عرفت أنّه ليس مدار الأحكام الشرعيّه على الدقّه العقليّه، فما ذكر من الموانع ليست إلّا الاستبعادات المحضه الّتى لا تعارض الأدلّه المطلقه بل العامّه، مثل قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «خلق اللّه الماء طهورا» (۱).

هذا؛ مضافا إلى الروايات الخاصّه فى المقام، مثل روايات طهاره السطح النجس بالمطر، و السقف، حيث قال عليه السّلام بأنّ ما يكف منه و يتقاطر منه طاهر (۲) مع أنّ ماء المطر لا يسرى إلى الطرف الداخل من السقف و السطح إلّا بالرطوبه.

و كذلك أمره عليه السّلام بتطهير اللحم المتنجّس فى القدر بالماء (۳)، و أمثال ذلك من الروايات الوارده فى الأبواب المختلفه، و قد أفتى بمضمونها الجلّ.

فعلى هذا يندفع شبهه اعتبار خروج الغساله أيضا، فتدبّر.

هذا؛ و لكن فى التطهير بالقليل لا ينبغى ترك الاحتياط، خصوصا فى مثل الصابون، و أمّا قابليّه تطهير ظاهر ما ذكر بالماء مطلقا فهى مسلّمه، و شبهه سرايه نجاسه الباطن إلى الظاهر مندفعه.

۱- وسائل الشيعه: ۱/ ۱۳۵ الحديث ۳۳۰.

۲- وسائل الشيعه: ۱/ ۱۴۴ الباب ۶ من أبواب الماء المطلق، نقله بالمعنى.

۳- وسائل الشيعه: ۱/ ۲۰۶ الحديث ۵۲۹.

ما یعفی عنه فی الصلاه من النجاسات

الأوّل: دم القروح و الجروح (۱) و عمـده البحث فیه من جهه أنّ العفو عنهما مختصّ بما إذا کان فی التطهیر مشـقّه بحیث تکون أدلّتهـا مسـاوقه لأدلّه الحرج، أم لا، بل الأمر أوسع منه، فیکون معفوّا عنه حتّی یبرأ، و ما دام مقتضـی سـیلان الـدم موجودا فـدم القروح لا یلزم تطهیره؟ الّذی یظهر من أکثر أخبار الباب و عمدتها الثانی، و لا دلیل علی التقیید بالمشـقّه سوی دعوی الانصراف أو الاستفاده من مناسبه الحکم و الموضوع.

نعم ما یمکن أن یسـتدلّ به من الدلیل اللفظی المقیّد لإطلاقات الباب موثّقه سـماعه المضـمره (۲)، حیث علّل الإمام علیه السّلام عدم لزوم التطهیر بأنّه لا یستطیع أن یغسل ثوبه کلّ ساعه، و من المعلوم أنّه ظاهر فی التقیید، و لکن یفترق المقام مع أدلّه الحرج أنّ فیها المناط الحرج الشخصـی، و لذلک تکون حاکمه علی سائر الأدلّه، إذ میزان الحکومه صدق العنوان الموجب للتوسـعه أو التضییق علی التفصیل فی محلّه، بخلاف المقام، فغایه ما نلتزم به هی المشقّه النوعیّه، کما یستفاد من التعلیل المذکور.

الثانی: الدم مطلقا غیر الدماء الثلاثه، و البحث فیه ...

۱- الّذی یظهر من اللغه أنّهما بمعنی واحـد، و هو الجراحه (مجمع البحرین: ۲/ ۴۰۳)، فمثل الـدمامیل لها عنوان علی حده، «منه رحمه اللّه».

۲- وسائل الشیعه: ۳/ ۴۳۳ الحدیث ۴۰۸۲.

جواز بیع المتنجّس و عدمه

فرع:

قالوا: لا- یجوز التسبیب فی ارتکاب النجس، و نحن بیّنّا سابقا ما هو مقتضی الأدله فی هذه المسأله، و الغرض هنا بیان ما فرّعوا علیها من عدم جواز بیع النّجس و إعارته.

فنقول: التحقیق أنّ الحکم یختلف بالنسبه إلی ما یتصوّر من الأقسام؛ إذ التنجّس إن کان ممّا لا- یقبل التطهیر أصلا کالسمن المائع أو العسل الّذی فیه نجاسه، ففی مثله لمّا کان یخرج عن المالیّه رأسا و یصیر کالأعیان النجسه، فمقتضی قوله علیه السّلام: «إنّ اللّه إذا حرّم شیئا حرّم ثمنه» (۱) عدم جواز بیعه و کذا إعارته؛ لأنّه إیقاع فی الحرام الذی قلنا: إنّه بحکم الشرع و العقل قبیح و حرام.

و أمّا فی ما یقبل التطهیر فهو علی قسمین: أحدهما ما یکون استعماله مشروطا بالطهاره، کالأوانی و نحوها، فلا بدّ فیه من الإعلام؛ إذ المفروض ملازمه الاستعمال فی مثله مع الطهاره، فتکون من المصادیق الواضحه لتسبیب الحرام.

إنّما الکلام فی بطلان المعامله فیه، لا أری له وجها سوی النهی المستفاد من التسبیب المنطبق علی البیع و نحوه، مع أنّ النهی فی المعاملات لا یدلّ علی

۱- عوالی اللآلی: ۲/ ۱۱۰ الحدیث ۳۰۱، و ۳/ ۴۷۲ الحدیث ۴۸.

الفساد، كما هو التحقيق، و المسأله تحتاج إلى مزيد تأمّل.

و ثانيهما؛ ما لم يشترط فى استعماله الطهاره، كالفرش و اللحاف، بل و اللباس الّذى يكون استعماله فى المشروط بالطهاره اتّفاقيّا أو كثيرا، ففى أمثاله لمّا لا يصدق التسبيب فلا حرمه، و لا يجب الإعلام أيضا عند البيع و نحوه.

و الحاصل؛ أنّ الحكم دائر مدار التسبيب، و إلّا فلا حرمه، فلا يجب رفع المانع، و الإعلام فى ما لو علم بابتلاء الغير بالنجاسه حتّى فى بيت نفسه، فتدبّر!

و اعلم! أنّه يدلّ على بطلان البيع مع عدم الإعلام فى القسم الأوّل من القسمين الأخبار الخاصّه الوارده فى بيع الدهن النجس، قال عليه السّلام: «يبيّنه (۱) لمن يشتريه (۲) ليستصبح به» (۳) و إن ناقش فيه شيخنا قدّس سرّه بأنّه لا ملازمه بين البيان و الاستصباح، إلّا أنّه سلّم أنّ غايه التقييد عدم استعماله فى الأكل و نحوه (۴)، و المستفاد من التقييد و الأمر بالبيان هو الاشتراط، كما هو الأصل فى المركّبات.

ثمّ إنّ التحقيق أنّ الأصل فى النجاسات عدم جواز الانتفاع و بيعها إلّا ما دلّ عليه الدليل، كما أنّ الأصل فى المتنجّسات هو العكس.

۱- فى المصدر: «و بيّنه».

۲- فى المصدر: «اشتراه».

۳- وسائل الشيعه: ۱۷/ ۹۸ الحديث ۲۲۰۷۷، و ۲۴/ ۱۹۴ الحديث ۳۰۳۲۳.

۴- المكاسب: ۱/ ۷۳.

رساله الصلاه

اشاره

لباس المصلّی

صلاه الجماعه

لباس المصلّی

اشاره

[لا یخفی أنّه وقع التسالم بین الفقهاء علی جریان أصاله عدم التذکیه عند الشکّ فی اللحوم و الجلود فلا تجری فیها أصاله الحلیّه و الطهاره، فلا تصحّ فیها الصلاه للنهی عن الصلاه فی غیر المذکّی، و هو کما یحرز بالوجدان یحرز بالأصل أیضا، فعند الشکّ فی التذکیه تجری أصاله عدم التذکیه.

فاللازم هنا بیان امور:

الأوّل: أنّ الأصل عند الشکّ هو عدم التذکیه، لأنّ الحیوان لم یکن مذکّی فی زمان و یشکّ الآن فی وقوع التذکیه علیه، و أنّه مات بالتذکیه و الذبح مع الشرائط أم لا؟ فیستصحب عدمها.

و لا یقال: إنّ عنوان المیته أمر وجودی فلا یثبت باستصحاب عدم التذکیه إلّا علی القول بالأصل المثبت.

فإنّه یقال: کما أنّ الحکم بالحرمه و النجاسه رتّب فی الأدلّه علی عنوان المیته کذلک رتّب علی غیر المذکّی، فعند الشکّ یستصحب عدم التذکیه، و هذا الأصل هو المرجع عند الشکّ ما دام لیس علی اللحم أو الجلد] (۱) أثر استعمال المسلم حتّی تصیر واردا و حاکما علی الأصل.

۱- ما بین المعقوفتین أوردناه لتتمیم البحث.

و لا يخفى أنّ الظاهر من الأدلّه (۱) مانعيّه [مثل قوله عليه السّلام: «لا تصلّ فيها» (۲) و غيره كما يظهر لمن تأمّل فى الأدلّه] الميته، و إن كان يظهر من ذيل روايه ابن بكير (۳) اشتراط التذكيه، إلّا أنّه بعد كونها مصدّره بحكم آخر، فالظاهر أنّها ليس فى مقام تأسيس الشرطيّه و اهتمام فيها مستقلّا، بل يكون إشاره إلى مدخليّه التذكيه.

فكيف كان، فقد عرفت عدم الفرق، فقد ظهر ممّا ذكرنا أنّه لا مجال للمناقشه فى الاستصحاب المذكور إمّا من جهه كونه معارضا بعد ما عرفت من توقّف حليّه الأكل على التذكيه، مع أنّ فى الأخبار وارد أنّ: «كلّ ما لم يذكّ فهو ميته» (۴)، و إمّا من جهه تعدّد الموضوع و تبدّله؛ لأنّه بعد الغضّ عمّا ذكرنا فى جوابه للإشكال فيه، بأنّ ما هو موضوع للحكم هو العدم النعتى، و لا ربط له بالعدم المحمولى فإنّه قد تغيّر يقينا.

فأقول: إنّما العدم النعتى الّذى كان مقارنا للحياه، و ما تغيّر ذاك العدم قطعا، فإنّ من الواضح أنّ العدم فى جميع هذه الأحوال واحد، و إنّما الوجودات و الأحوال مقارنات له، و لا يكون لها دخل فى قوام حقيقته حتّى يقال: إنّه إذا كان حيّا كان عدم آخر غير حال موته، فإنّه لا أثر لهذا التبدّل أصلا.

و بالجمله، فنقول: إنّ هذا الحيوان إذا كان حيّا ما كان فعل التذكيه واقعا

۱- وسائل الشيعه: ۴/ ۳۴۵ الباب ۲ من أبواب لباس المصلّى.

۲- الكافى: ۳/ ۳۹۷ الحديث ۳، وسائل الشيعه: ۴/ ۳۴۵ الحديث ۵۳۴۵.

۳- الكافى: ۳/ ۳۹۷ الحديث ۱، تهذيب الأحكام: ۲/ ۲۲۲ الحديث ۸۱۸، وسائل الشيعه: ۴/ ۳۴۵ الحديث ۵۳۴۴.

۴- وسائل الشيعه: ۲۳/ ۳۷۶ الباب ۲۴ من أبواب الصيد، نقله بالمعنى.

علیه، فیستصحب عدم هذا الفعل إلی بعد الموت.

الثانی: اختلفوا فی أنّ القابلیّه فی الحیوان- أی کونه مأکول اللحم- أن یکون من مقوّمات التذکیه الشرعیّه و أجزائها، أم لا، بل هی إنّما الأفعال الخاصّه، و هو خارج عنها؟

یمکن استفاده الثانی من الأخبار؛ لأنّه إذا یسأل الراوی من الإمام علیه السّلام و یقول: أ لیس التذکیه بالحدید؟ فیقول علیه السّلام: «نعم إذا علمت أنّه مأکول اللحم» (۱) فالظاهر من الروایه أنّه شرط خارج و غیر ذلک من الأدلّه ممّا یأتی الإشاره إلیها إن شاء اللّه.

و کیف کان، تظهر الثمره فی أنّه إذا قلنا بالأوّل، فإذا شککنا فی المأکولیّه (القابلیّه) فالمرجع أصاله عدم التذکیه؛ لأنّ الشکّ فیها یرجع إلی الشکّ فی التذکیه، بناء علیه فیقال: إذا کان هذا الحیوان حیّا ما کان هذا المعنی- أی التذکیه- واقعا فیستصحب.

فلا یقال: إذا احرز فعل الذابح و شکّ فی القابلیّه فلا بدّ أن یرجع إلی القاعده.

لأنّا نقول: الأصل الموضوعی هنا حاکم، فالشکّ فی الأجزاء یوجب الشکّ فی الموضوع، بخلاف الثانی، فإذا شککنا فیها بناء علیه، فالمرجع قاعده الحلیّه و الطهاره؛ لأنّه لیس للمشکوک حاله سابقه حتّی تلاحظ، فإذا علمنا بتذکیه حیوان و شککنا فی مأکولیّه لحمه، فهو محکوم بالحلیّه و الطهاره، لأنّه لا مانع من الأصلین مع عدم أصل موضوعیّ حاکم، فإذا شکّ فی التذکیه؛ فإمّا أن یکون المنشأ مأکولیّه اللحم و عدمه، و إمّا أن یکون الفعل الواقع، أی من جهه

۱- وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۵ الحدیث ۵۳۴۵، و ۳۴۸ الحدیث ۵۳۵۴، نقله بالمعنی.

سائر الشرائط المعتبره فيها، مع فرض القطع بكون الحيوان من مأكول اللحم، و على كليهما فالمرجع أيضا أصاله عدم التذكيه؛ لأنّه فى الصوره الاولى يكون الشكّ، و إمّا يكون على الأوّل منشأ الشكّ هو فعل الذابح مع القطع بالقابليّه، فالمرجع أيضا أصاله عدم التذكيه؛ لأنّ الشكّ فى الأجزاء يرجع إلى الشكّ فى المركّب، و على الثانى أيضا إمّا أن يكون منشأ الشكّ وقوع الفعل عليه فالمرجع أيضا أصاله عدم التذكيه، فالصور أربع، و على كلّ حال فلا يثمر هذا النزاع فى مقامنا، و لا يمنع من إجراء الأصل إلّا فى صوره واحده كما عرفت.

و اختلاف آخر واقع فى المقام و هو أنّ غير مأكول اللحم من الحيوان يقع عليه التذكيه أم [لا؟]، و الأقوال المعروفه فى المسأله أربعه، يتبيّن كلّها مع مداركها فى محلّه.

و الّذى استقرّ عليه رأى الأستاذ- دام ظله- هو أنّ ما عدا الحشرات و نجس العين يقع عليه التذكيه؛ لورود خبرين صحيحين بوقوعها على السباع (۱) مع الروايه الدالّه على أنّ أكثرها مسوخ (۲)، يثبت المدّعى.

اعلم! أنّ ما حكمنا به من لزوم العلم و اشتراطه بعدم كون لباس المصلّى من الميته، أو قيام الأماره عليه، استفدناه من الأخبار (۳)، و أمّا ما ورد فى بعض الأخبار من أنّ كلّ ما شكّ فى كونه ميته يحكم بصحّه الصلاه فيه (۴) و لا يخفى أنّها لا تثبت الطهاره و الحليّه لأنّه لا يصير الشك أماره حتّى يثبت جميع الآثار، و كيف

۱- وسائل الشيعه: ۲۴/ ۱۱۴ الحديث ۳۰۱۱۳، و ۱۸۵ الحديث ۳۰۳۰۲.

۲- وسائل الشيعه: ۴/ ۳۴۷ الحديث ۵۳۵۰، و فيها: «ما لا يؤكل لحمه لأن أكثرها مسوخ».

۳- لاحظ! وسائل الشيعه: ۴/ ۳۴۳ الباب ۱ من أبواب لباس المصلّى.

۴- لاحظ! وسائل الشيعه: ۴/ ۴۲۷ الباب ۳۸ و ۴۵۵ الباب ۵۵ من أبواب لباس المصلّى.

كان فهى منزّله على صوره قيام الأماره؛ لأنّها و إن كانت مطلقه إلّا أنّها مقيّده، لأنّ مساقها يقتضـى ذلك، فإنّ منشأ السؤال كانت الجهات الثلاث:

إمّا لأنّ الجماعه يطهّرون جلد الميته بالدباغ.

و إمّا لأنّهم يستحلّون ذبائح الكفّار.

و إمّا لأن الكفار كانوا مخلوطين فى بلاد المسلمين فيشتبه حكم كثير من الجلود، و لتلك الاحتمالات كانوا يسألون من الإمام عليه السّلام فقال عليه السّلام: «كلّ ما أخذتم من المسلمين و شككتم فيه من هذه الجهات فلا تعتنوا به، و احملوا فعلهم على الصحّه و رتّبوا عليه أثر الواقع لا أثر اعتقاده» (۱).

كلّ ذلك، إذا كان مسلما أو سوق المسلمين، فإنّ المراد من لفظ السوق هو هذا لا ـ مطلق السوق؛ و مع ذلك كلّه مقيّده بالصحاح المقيّده (۲).

الثالث: اختلفوا فى أنّه كما تكون يد المسلم أماره على الحلّ و الطهاره (۳) كذلك تكون يد الكفار أماره على عدم التذكيه، أم لا ـ بل تكون لا أماره، و تظهر الثمره فى مسأله التعارض إذا وردتا على الجلد؟ الأظهر الثانى، لأنّ المستفاد من الأخبار لا يكون أكثر من ذلك، فإنّ الإمام عليه السّلام يأمر الآخذ من يد الكافر بالتحقيق، مع أنّا ما استكشفنا ذلك إلّا من اختصاص أدلّه الأماريّه بيد المسلم، و هى لا تثبت أكثر ممّا ذكرنا.

مسأله: هل تكون أرض المسلمين أماره عرضيّه فى مقابل يدهم أم لا، بل هى راجعه و طريق إلى اليد؟

۱- لاحظ! مستند الشيعه: ۱۵/ ۱۴۷- ۱۴۹، ظاهر العباره مستفاد من روايات و اصول، وسائل الشيعه: ۳/ ۴۹۰ الباب ۵۰ من أبواب النجاسات.

۲- وسائل الشيعه: ۳/ ۴۹۰ الباب ۵۰ من أبواب النجاسات، و ۲۴/ ۷۰ الباب ۲۹ من أبواب الذبائح.

۳- الحدائق الناضره: ۷/ ۵۲- ۵۴.

من اشتراط بعضهم وجود أثر الاستعمال على المطروح فيها يظهر الثانى، و من إطلاق بعض آخر يظهر الأوّل، و مدرك أصل المسأله روايه السكونى (۱)، و هو و إن كان عاميّا ممدوحا إلّا أنّهم اختلفوا فى العمل برواياته، ففى بعض المقامات يعملون به و فى بعض آخر لا يعملون بها، لأنّ رواياته تحتمل التقيّه مطلقا، و لكن لمّا كان منشأ السؤال إحدى الجهات الّتى قلنا، و الإمام عليه السّلام كان فى مقام بيان حمل فعل المسلم على الصحّه، و لذا يبيّن عليه السّلام أنّ اليد أماره، و معلوم أنّ الأرض من حيث هى أرض لا تكون أماره، فلا بدّ أن يحمل على ما لو كان عليه أثر الاستعمال حتّى يرجع إلى اليد، مع إمكان حملها على التقيّه.

و بالجمله؛ هى لا تكون دليلا معتبرا يوجب رفع اليد عن الأصل المستفاد عن المعتبرات، و الأخذ بإطلاقها، مع إمكان تقييدها و تخصيصها.

مع أنّه يمكن أن يكون السؤال عن النجاسه و الطهاره لا من جهه التذكيه و الميته، لأنّ من الواضحات أنّه لا يمكن الحكم بكون مطلق المطروح من المذكّى، مع احتمال كونه من بقيّه ما أكلته الكلاب و غيره، و الأخذ بإطلاق هذه الروايه، و الجمود على ظاهرها يوجب القول به.

فالإنصاف أنّها مجمله، و إلحاق الأرض بالسوق لا محصّل له، لأنّ السوق أيضا طريق إلى اليد، لا أن يكون بنفسه أماره موضوعيّه، فلو أخذ الجلد من يد الكافر من سوق المسلم لا يكون محكوما بالتذكيه ما لم يكن مسبوقا بيد المسلم أو مجهول الحال حتّى يوجب الحكم بالتذكيه بها للغلبه فى الأخير، و فى الأوّل باستصحاب اليد.

۱- الكافى: ۶/ ۲۹۷ الحديث ۲، وسائل الشيعه: ۲۴/ ۹۰ الحديث ۳۰۰۷۷.

متی تصیر ید المسلم أماره؟

مسأله: إنّما یـد المسـلم مفیـده و تصـیر أماره إذا لـم یکن الجلـد المأخوذ منه مسـبوقا بیـد الکافر أو مجلوبا من أرضـهم، فلو کان المـأخوذ من یـد المسـلم هکـذا لم یکن محکوما بالتـذکیه، و ذلک لأنّ الأدلّه الـدالّه علی حجیّه الیـد لا تـدلّ علی کون الحکم واقعیّـا، فإنّ الأدلّه إمّا أن تکون فی مقام بیان قضایا حقیقیّه واقعیّه، و إمّا أن تکون قضایا خارجیّه، فیصـیر مفاد الاولی بیان الحکم الکلّی، و الثـانیه الحکم الجزئی الخارجی و بعـد أن عرفت أنّ أخبار الیـد ناظره إلی ما کانوا مبتلین به و سألوا عنه، و من المسـلّم أنّه مـا کـان فی زمن ورود الروایـات الجلود مجلوبه من بلاـد الکفر، بـل کان [من] بلـد المسـلمین و کان المسـلمون فیها أغلب، بخلاـف مـا یجلب فی عصـرنا من الجلود و نحوهـا من بلاـد الکفر، و یقطع بکون أصل منشأها تلک البلاد الّتی لا یفرّق فیها بین المأکول مأکول اللحم و غیره، و لا بین المذبوح و المیته، و ما یکون فیها سلطنه للمسلمین.

و بالجمله، شـمول أدلّه السوق و الید لمثلها فی غایه الإشـکال، فالأقوی الاجتناب، إلّا أن یظنّ بأنّ من اشتری من المسـلمین منهم أوّلا قد تحرّی و ثبت عنده عدم کون المجلوب من المیته، فیحمل علی الصحّه و یجوز الاستعمال.

و لا یخفی أنّه لا یجوز فی المقام التمسّک بالإطلاق المستفاد من ترک الاستفصال، فإنّ مقام التمسّک إنّما هو إذا کان للمسئول حین السؤال فردان أو أکثر، حتّی یحمـل الجواب علی کـلّ الأـفراد، و قـد قلنـا: إنّ حمل الجلود و نحوه ما کان معمولا من البلاد المختصّه بالکفّار فی عصر ورود الأخبار.

الرابع: اختلفوا فى أنّ الميته من حيث هى عنوان للمانعيّه بنفسها، أم هى راجعه إلى النجاسه؟ فإن قلنا بالأوّل؛ فلا يجوز الصلاه فى جلد الميته الّتى لا نفس سائله لها مثل السمك و غيره، و إلّا فلا.

الّذى يستفاد من الأدلّه الثانى، فإنّه بعد ما عرفت وجه السؤال عن الميته و الصلاه فيها من الموجبات فلا يبقى مجال لجعلها مانعا بنفسه (۱) كما هو ظاهر بعض أخبار الباب و إن كان فيها مطلقا مثل قوله عليه السّلام: «لا تصلّ فى شى ء من الميته» (۲) فيحمل على المقيّدات.

فرع: الظاهر أنّ اعتبار اليد (۳) هنا إنّما يكون من باب حمل الفعل على الصحّه (۴)؛ لأنّه القدر المتيقّن من الأدلّه، لا من باب الملكيّه، بأن يقال: إنّ الميته لا يملكه المسلم فيكشف كونه مذكّى إذا كان على يده، حتّى لا يحتاج أن يكون عليه أثر الاستعمال، بل يكون صرف القبض كاشفا، و لو احتمل إراده إراقته بخلاف الأوّل فلا بد أن يكون عليه أثر الاستعمال، و يعامل معه معامله لا يعامل المسلم مع الميته كما يشعر به قوله عليه السّلام: «إذا رأيت منهم يصلّون فيه» (۵) و كذلك

۱- أى نجاسته و مانعيّته من هذه الجهه، لا كونه عنوانا مستقلّا، «منه رحمه اللّه».

۲- وسائل الشيعه: ۴/ ۳۴۳ الحديث ۵۳۴۱.

۳- أقول: فى المقام صاحب «الجواهر» قدّس سرّه يفرّق بين المقتضى على المبنيين، فعلى كونها من باب أماره الملكيّه يحكم بعدم لزوم أثر الاستعمال بخلاف كونها من باب الحمل على الصحّه (جواهر الكلام: ۸/ ۵۶)، و لكن رأيت فى بعض تعليقات «الرسائل» فى بحث تعارض الاستصحابين لبعض الأجلّه قدّس سرّهم ينقل عن مجلس درس صاحب «الجواهر» رحمه اللّه بجعله قاعده اليد من جزئيّات حمل فعل المسلم على الصحّه، «منه رحمه اللّه».

۴- جواهر الكلام: ۸/ ۵۴- ۵۵.

۵- وسائل الشيعه: ۳/ ۴۹۲ الحديث ۴۲۶۶.

اعتراضه فی السوق یکون فی معرض البیع و غیر ذلک، فلو شکّ فی شی ء فلا بدّ أن یرجع إلی أصاله عدم التذکیه الّتی لا یعارضها صرف الأخذ بالید و السلطنه علیه الّتی هی علامه للملک.

فرع آخر: لو سبقت علی جلد ید المسلم و لحقته ید الکافر أو بالعکس، أو تشارکتا، یحکم بتذکیته؛ لأنّ ید الکافر لیست بأماره علی ما قلنا، کما هو المفهوم من قوله علیه السّلام: «حتّی تسألوا» (۱) فلا یعارض مع الأماره، و إن کان یمکن القول بتقدّم ید المسلم أیضا و إن قلنا بأماریّه ید الکافر- کما یظهر عن بعض (۲)- لأنّ أماریّته لا یفید إلّا النفی، فتأمّل! و فی قبال المشهور تفاصیل ثلاثه تمسّکوا بأخبار مؤوّله (۳) مع أنّها لیست قابله لما تمسّک به المشهور بوجه أصلا مذکوره فی «الجواهر» (۴) فالحریّ الدخول فی بیان الأمر. لا یقال: ید الحادثه متقدّمه لأنّها أماره ترفع بها أثر الأماره السابقه، کما فی الملک.

لأنّنا نقول بعدم الحکم بکونه مذکّی لسبق ید المسلم علیه، فلا ینقلب المذکّی إلی المیته، و لا یتصوّر له موجب بخلاف الملک، فیکون للانقلاب فیه موجبات کثیره.

الخامس: و هو اشتراط کون الملبوس و المحمول من مأکول اللحم فی الجمله، فلا یجوز الصلاه فی جلود السباع و لا المسوخ مطلقا، و لا فی شعرها

۱- تهذیب الأحکام: ۲/ ۳۹۹ الحدیث ۱۵۴۴، وسائل الشیعه: ۳/ ۴۹۲ الحدیث ۴۲۶۶، و فیه: «أن تسألوا».

۲- ذکری الشیعه: ۳/ ۲۸.

۳- وسائل الشیعه: ۳/ ۴۹۰ الحدیث ۴۲۶۱ و ۴۹۳ الحدیث ۴۲۶۸.

۴- جواهر الکلام: ۶/ ۳۴۶ و ۸/ ۵۳- ۵۵.

و لا فی سائر أجزائها، و العمده فی الدلیل هی الموثّقات (۱) أو الصحاح المستفیضه (۲).

إنّما الإشکال فی المقام هو أنّه علّل فی روایه السنجاب بأنّه یجوز الصلاه فیه لأنّه «لا یأکل اللحم» (۳) فیتخیّل کونها مخصّصه لروایات المنع، فهی دالّه علی عدم الجواز فی أجزاء السباع خاصّه لا مطلق ما لا یؤکل إذا ذکّی.

و فیه؛ أنّه علّل فی روایه مضمونها: «لا یجوز الصلاه فی ما لا یؤکل بأنّ أکثرها المسوخ» (۴) فیستفاد من مفهوم هذه الروایه کون العلّه أعمّ ممّا هی مذکوره فی روایه السنجاب، و کونها علّه للتشریع لا علّه للحکم حتّی یدور مدارها، لظهور أنّه إمّا أن تکون النسبه بینهما (بین الروایتین) عموما من وجه أو التباین، و لا معارضه بینهما علی ما ذکرنا من عدم انحصار العلّه، حتّی یخصّص.

لا یقال: العلّه فی الاولی أخصّ من الثانیه، فلا بدّ [من] العمل فیها بما یعمل فی مطلق العامّ و الخاصّ.

لأنّا نقول: لیس الأمر کذلک، فإنّه إذا وردت علّتان للحکم بحیث یکون أحدهما أخصّ و الآخر أعمّ یستکشف ذلک عن کون العلّه شیئین، و عدم انحصار العلیّه بالأولی، لعدم التعارض بینهما لأنّ تخصیص العامّ بالخاصّ فی غیر مورد العلّه إنّما یکون للتعارض، فإنّ المقام یصیر من قبیل ما لو قال: أکرم العلماء ثمّ

۱- وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۵ الحدیث ۵۳۴۵، و ۳۵۳ الحدیث ۵۳۶۷، و ۳۵۴ الحدیث ۵۳۷۰.

۲- وسائل الشیعه: ۴/ ۳۵۵ الحدیث ۵۳۷۵، و ۳۴۷ الحدیث ۵۳۵۱، و ۳۴۵ الحدیث ۵۳۴۴.

۳- الکافی: ۳/ ۳۹۷ الحدیث ۳، و ۴۰۱ الحدیث ۱۶، وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۸ الحدیث ۵۳۵۳ و ۵۳۵۴.

۴- علل الشرائع: ۳۴۲ الحدیث ۱، الباب ۴۳، وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۷ الحدیث ۵۳۵۰.

قال: أكرم زيدا و كان منهم، فيصير نتيجه ذكره إمّا أهميّته أو غير ذلك.

لا يقال: إنّ العلّه فى الاولى ظاهره فى كونها علّه للحكم، بخلاف الثانيه فإنّها ظاهره فى كونها علّه للتشريع لقوله عليه السّلام: «لأنّ أكثرها مسوخ» (۱) فلو لم تكن علّه للتشريع فاللازم عدم المنع عمّا لم يكن من السباع مسوخا، فكيف يرفع اليد عمّا هو ظاهر و يصرفه إلى خلافه لما هو خلاف الظاهر.

لأنّا نقول: ظهور الاولى فى العليّه و الانحصار إنّما كان بمقدّمات الحكمه، بأن يقال: إنّما كان عليه السّلام فى مقام البيان و قد ذكر هذه العلّه، و لو كانت علّه اخرى لكان اللازم أن يذكر، و غير ذلك، كما هو طريق استفاده انحصار العلّه فى باب المفاهيم و غيرها، فعلى هذا فلو ثبتت من دليل آخر علّه اخرى أعمّ فتبطل المقدّمات من أصلها، فلا يبقى للانحصار مجال، و تصير العلّه الثانيه بالنسبه إلى المسوخ نصّا، فيدور الحكم مدارها نفيا و إثباتا، مثل ما لو قال: لا تأكل الرمّان لأنّه حامض، بخلاف الاولى إنّما يدور الحكم مداره ثبوتا.

و تظهر الثمره فيما لو كان ذا مخلب و لم يكن مسوخا، مع أنّ الجمود بظاهر العلّيه فى الاولى يوجب استهجانها؛ لظهور تعليق الجواز بعدم أكله اللحم، مع أنّ كثيرا ممّا جوّز فيه هذه القضيّه يكون من السالبه بانتفاء الموضوع، فتأمّل!

فالمحصّل؛ أنّه لا يجوز الصلاه فى أجزاء غير المأكول مطلقا إلّا السنجاب و الخزّ، لورود الروايات الصحيحه (۲) المعمول بها على الجواز فيهما، أمّا السنجاب فالظاهر أنّه الّذى الآن موجود، و أمّا الخزّ فهو اسم لحيوان بحرىّ قد

۱- مرّ آنفا.

۲- لاحظ! وسائل الشيعه: ۴/ ۳۴۷ الباب ۳، و ۳۵۹ الباب ۸ من أبواب لباس المصلّى.

کان وبره فی غایه اللطافه و الرقّه، قد کان معمولا فی قدیم الزمان یأخذون من وبره و منسوجه ألبسه و أثوابا ثمینه- غالی القیمه- حتّی کانوا لکثره لطافته و نعومته یخلطونه بوبر الأرنب و الثعلب، و الظاهر أنّه لیس الآن بموجود، بل من زمن بعد العباسیّه صار مفقودا علی ما قاله- دام ظلّه- فلو شکّ فی جلد فی زماننا أنّه منه أو من غیره فلا بدّ أن یرجع إلی الأصول العملیّه.

و أمّا الصلاه فی غیرهما مثل الثعالب و الأرانب فلا إشکال فی عدم جواز الصلاه فیهما، و لا فی غیرهما ممّا لا یؤکل لحمه، عملا بالإطلاقات (۱)، فلا بدّ من حمل ما دلّ علی الجواز علی التقیّه (۲)، إذ لیست قابله للتعارض مع العمومات؛ لإعراض المشهور عنها و موافقتها لمذهب العامّه، مع معارضتها لما دلّت بالخصوص علی المنع (۳)، و مع ذلک کلّه فلدفع شبهه مخصّصیه روایه السنجاب فنقول: إنّ ما ذکر فیها بصوره التعلیل لیس مسوقا للعلیّه، بل المراد من ذکره أنّه لمّا کانت للسنجاب سبله و صوره کصوره السنّور و السباع فیتوهّم کونه منها، فقال: إنّه لیس منها، لأنّها تأکل اللحم و لها ناب و مخلب، و السنجاب لا یکون له هذه الآثار، فعلی هذا لا یستفاد منه العلیّه أصلا.

و مع الغضّ عن ذلک فأقول: لا بدّ أن یعلم أنّ لکلّ قضیّه تعلیلیّه أمران:

عموم مستفاد من منطوقه، و مفهوم مستفاد من دلیله، و لا ریب فی المقام أنّه لا تعارض بین مفهوم هذه العلّه و ما یقوله علیه السّلام: «لأنّ أکثرها مسوخ» (۴) فی روایه ما

۱- لاحظ! وسائل الشیعه: ۴/ ۳۵۲ الباب ۵ من أبواب لباس المصلّی.

۲- لاحظ! وسائل الشیعه: ۴/ ۳۵۰ الباب ۴ من أبواب لباس المصلّی.

۳- لاحظ! وسائل الشیعه: ۴/ ۳۵۵ الباب ۷ من أبواب لباس المصلّی.

۴- مرّ آنفا.

لا يؤكل لحمه، لأنّ مفهوم الأوّل- و هو عدم الجواز فى ما يأكل اللحم- لا يعارض مع علّيه المسوخيّه، لعدم الجواز أيضا كما هو المستفاد من الثانيه؛ لأنّهما علّتان ذكرنا كلّ واحده منهما فى روايه (۱)، و إنّما التعارض البدوى يكون بين منطوقهما، فإنّ الأولى يستفاد منها جواز الصلاه فى ما لا- يأكل و لو كان مسوخا، و الثانيه يستفاد منها عدم الجواز فى المسوخ مطلقا، و لا ريب أنّ الثانيه أخصّ فتخصّص الاولى بها.

إن قلت: إنّ الثانيه أيضا أعمّ من الآكل و غيره، فتصير النسبه عموما من وجه.

قلت: كلتاهما متصادقتان فى الآكل المسوخ، و إنّما التعارض و الاجتماع إنّما يكون فى المسوخ الّتى لا تأكل، فهو الّذى يستفاد من الاولى الجواز فى أجزائه لأعميّته عن الثانيه، و الثانيه يستفاد منها العدم و هى مخصّصه للاولى؛ لأنّه لا تبقى الأعميّه فى الثانيه بعد التصادق.

و الحاصل؛ إنّا نقول بملازمه عدم جواز أكل اللحم مع عدم جواز الصلاه فى أجزاء ما لا يؤكل، و السبب للحرمه غالبا يكون واحدا من الثلاثه:

المسوخيّه، و كون الحيوان آكلا للّحم، [و كونه من] الحشرات، و كلّ واحد منها يكون موجبا لعدم جواز الصلاه فى أجزائه، و لا يخفى أنّ العلّه فى الثانيه تصير بعد علّه للحكم لا للتشريع، لأنّ ما يقوله عليه السّلام: «لأنّ أكثرها مسوخ» (۲) لأنّ الباقيه تكون من الحشرات، فلا يكون فى مقام بيان كلّ ما هو موجب للحرمه، و لكن بالنسبه إلى ما يشمله من المسوخ يكون الحكم كليّا، و المسوخيّه علّه له.

۱- وسائل الشيعه: ۴/ ۳۴۷ الحديث ۵۳۵۰، و ۳۴۸ الحديث ۵۳۵۳.

۲- تقدّم فى الصفحه: ۹۸ من هذا الكتاب.

و العجب أنّه بعد ذلک کلّه قال- دام ظلّه-: قد ظفرنا بنسخه مصحّحه من «الکافی» فوجدنا جاءت روایه السنجاب [علی] غیر ما ذکرنا، و هو أنّ السائل یسأل عمّا یؤکل من غیر الغنم فیقول علیه السّلام: «لا بأس بالسنجاب» (۱) .. إلی آخرها، فالإمام علیه السّلام یکون فی مقام بیان مأکول اللحم من الحیوان من غیر الغنم أو النعم (۲) علی اختلاف فی النسخ، فهذا موافق لسائر الروایات الّتی دلّت علی حلّیه أکل لحمه، مع أنّ ذیل الروایه أیضا شاهد علی کون الروایه هکذا؛ لأنّه علیه السّلام یقول:

«نهی رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلم عن کلّ ذی ناب و مخلب» (۳) مع أنّه صلّی اللّه علیه و آله و سلم ما نهی إلّا عن أکلهما، فالعلّه إنّما سیقت لبیان حلیّه الأکل لا لجواز الصلاه، فالروایه مشتمله علی بیان حکمین.

و الأخبار فی حلیّه أکل السنجاب و جواز الصلاه فی جلده مختلفه؛ بعضها تدلّ علی جوازهما (۴)، و بعضها تدلّ علی عدم جوازهما (۵)، و الاخری دالّه علی حرمه الأوّل و جواز الثانی (۶)، و لذلک اختلفت الفتاوی و الأقوال فیه أیضا (۷).

۱- الکافی: ۳/ ۳۹۷ الحدیث ۳، وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۸ الحدیث ۵۳۵۴.

۲- و الأنسب هو الغنم لأنّه ما کان المعمول أن یؤخذ الجلد من غیره من الأنعام، و لا یخفی أنّ نسخه «الوافی» (الوافی: ۷/ ۴۰۲ الحدیث ۶۱۹۳)، و غیره موافق لهذا، أی لیس فیها کلمه «لا» فالنسخه معتبره «منه رحمه اللّه».

۳- الکافی: ۳/ ۳۹۷ الحدیث ۳، تهذیب الأحکام: ۲/ ۲۱۶ الحدیث ۷۹۷، وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۸ الحدیث ۵۳۵۴.

۴- وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۷ الباب ۳ من أبواب لباس المصلّی.

۵- لاحظ! وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۵ الباب ۲ من أبواب لباس المصلّی.

۶- لاحظ! وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۷ الباب ۳ من أبواب لباس المصلّی.

۷- جواهر الکلام: ۸/ ۹۶- ۱۰۱، جامع المقاصد: ۲/ ۷۹.

و بذلک ظهر ما فی کلام [صاحب] «الجواهر» رحمه اللّه من النقل عن بعض بعدم جواز الاستدلال بهذه الروایه من جهه اشتمالها لما هو مخالف للإجماع (۱).

و کذلک ما نقله قدّس سرّه أیضا من ضعف هذه الروایه لمعارضته للموثّقه (۲)، فإنّها صریحه فی عدم جواز الصلاه فی السنجاب فإنّ مورد السؤال فیها إنّما هو السنجاب مع غیره، و الإمام علیه السّلام یطبّق الحکم- و هو عدم جواز الصلاه فی ما لا یؤکل لحمه- بهذه الامور، و العمل بهذه الروایه یوجب التخصیص المستهجن بالنسبه إلی الموثّقه، و هو إخراج المورد عن الحکم.

فإنّ هذا الکلام مردود من جهه أنّه لو کان مورد السؤال فی الموثّقه منحصرا بالسنجاب یلزم ما ذکر، و لکن لمّا کانت مشتمله علی امور منها هذا، فإخراجه لا یوجب استهجانا أصلا.

و یمکن أن یقال: مع تسلیم صحّه نسخه «الوسائل»- زیاده علی ما ذکرنا آنفا بأنّه العلّه- إنّما هی مختصّه بالسنجاب؛ لخروجه عن سائر ما سئل عنه، فلا یجوز التعدّی عنه إلی کلّ ما هو مثل ذلک، و هذا جار فی کلّ قضیّه استثنائیّه علّلت المستثنی بشی ء، بخلاف ما لو کانت القضیّه المعقوده إیجابیّه محضه أو سلبیّه کذلک، و هذا یصیر نظیر ما لو سئل الطبیب عن أشیاء فینهی عنها إلّا عن واحد منها لعلّه، فلا یجوز التعدّی إلی غیره، لأنّه یحتمل أن یکون لجنس المسئول عنه خصوصیّه.

۱- جواهر الکلام: ۸/ ۹۹.

۲- الکافی: ۳/ ۳۹۷ الحدیث ۱، تهذیب الأحکام: ۲/ ۲۲۲ الحدیث ۸۱۸، وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۵ الحدیث ۵۳۴۴.

مع أنّا قد بيّنا أنّ النسبه بین روایه السنجاب و روایه المسوخ إنّما تکون عموما مطلقا، فیصیر المرجع روایه المسوخ، و مع الإغماض عن ذلک و تسلیم کون النسبه عموما من وجه فنقول: أیضا یجب تقدیم روایه المسوخ، لأنّه قد حرّر فی محلّه أنّه لو کانت النسبه بین المتعارضین عموما و خصوصا من وجه، و العمل بأحدهما یوجب طرح الآخر رأسا یلزم تقدیم ما یوجب طرحه، حفظا لکلام الحکیم عن اللغویّه، و المقام یکون من هذا القبیل لأنّهما فی المسوخ (۱) الآکل متضادّتان، و الآکل الغیر المسوخ مشمول بروایه السنجاب (۲)، کما أنّ الأوّل أیضا مشمولها، فلا یبقی لروایه المسوخ مورد لو قلنا بالجواز فی المسوخ.

حکم الثوب الملقی علیه شعر ما لا یؤکل لحمه

فرع: لا یجوز الصلاه مع الثوب الملقی علیه شعر ما لا یؤکل لحمه؛ للشهره المستفیضه، بل الإجماع، و لعموم الموثّقه لابن بکیر (۳) بعد الخروج عن معنی الظرفیّه الحقیقیّه (۴) و التزام معنی مجازیّ و هو مطلق الملابسه، لأنّ الالتزام بهذا ممّا لا بدّ منه بالنسبه إلی الروث و بعض الفقرات الاخر، فیشمل المنسوج من الشعر و الملقی منه.

و ممّا یؤیّد الالتزام المذکور هو صحیحه الهمدانی الّتی هی نصّ فی

۱- الکافی: ۳/ ۳۹۷ الحدیث ۱، وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۵ الحدیث ۵۳۴۴.

۲- الکافی: ۳/ ۳۹۷ الحدیث ۳، وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۸ الحدیث ۵۳۵۴.

۳- مرّ آنفا.

۴- و المقام یکون من باب المعارضه بین عقد الوضع و الحمل، و الحمل نظیر: لا تضرب أحدا، و لا یکون قاعده مطّرده لترجیح أحدهما علی الآخر، بل لا بدّ من الرجوع إلی القرائن الخارجیّه، «منه رحمه اللّه».

المقام (۱)، و يؤكّد أن يكون المراد من الظرفيّه التبعيّه، و كذلك لا تجوز في المخلوط منه و لو أقلّ قليل و لو لم يتميّز، لأنّ المناط في المانعيّه هو وجوده الواقعي.

و أمّا ما يتوهّم من أنّ المستهلك منه لا يضرّ، فإن كان المراد من المستهلك هو تبديل الصوره النوعيّه فمقبول، إلّا أنّ الظاهر أنّه غير متصوّر في المقام، و إن كان المراد عدم التميّز فمردود لما عرفت، و لأنّ الروايات الدالّه على المنع من الصلاه في الخزّ المغشوش (۲) أعمّ من أن يكون الغشّ قليلا أو كثيرا، مع أنّ المعمول من الغشّ هو ما لا يتميّز غالبا، و كذلك لا تجوز الصلاه في المحمول منه كعروه السكّين (۳) و غيرها لعموم الموثقه (۴) أيضا، لو كان بارزا، و أمّا ما كان منه ملفوفا في شي ء أو موضوعا في قاروره- مثلا- فالقول بالمنع لا يخلو عن إشكال، كلّ ذلك لأنّ الالتزام بالتوسعه في معنى الظرفيّه المستفاده من الموثّقه ممّا لا بدّ منه، و لكن بحدّ لا مطلقا، بل بمقدار يساعده العرف و اللغه.

بيان ذلك: أنّ مراتب الظرفيّه مختلفه.

الأوّل: إسناد الظرفيّه الزمانيّه و المكانيّه إلى الجواهر و الموجودات الحقيقيّه.

۱- فإنّها مرويّه في «الكافي»، و المرويّات فيه صحاح باصطلاح القدماء، و معمول بها، فلا مجال للخدشه في سندها على ما قاله- دام ظلّه- «منه رحمه اللّه»، و لا يخفى أنّ هذا وهم، حيث لم نعثر على روايه للهمداني في هذا الباب في «الكافي»، بل هي في تهذيب الأحكام: ۲/ ۲۲۳ الحديث ۸۱۹ و الاستبصار: ۱/ ۳۸۴ الحديث ۱۴۵۵.

۲- لاحظ! وسائل الشيعه: ۴/ ۳۶۱، الباب ۹ من أبواب لباس المصلّي.

۳- مجمع الفائده و البرهان: ۲/ ۹۵، جواهر الكلام: ۸/ ۷۹.

۴- وسائل الشيعه: ۴/ ۳۴۵ الحديث ۵۳۴۴.

الثانی: إسناد الأعراض إلیها کبیاض الثلج، وضوء النهار.

الثالث: إسناد الأحوال و الأفعال- أی وقوعهما فیهما- إلی الزمان و المکان کصلاه اللیل، و الضرب فی المیدان و کذلک تتصاعد التوسعه إلی أن یصل إلی إسناد الأفعال إلی توابع الوجود و الأحوال إلی ملابسات الموجودات الخارجیّه، مثل الصلاه فی الثوب، بل إلی مطلق الملابس مثل الصلاه فی القلنسوه أو التکّه، فإنّهما و إن لم یکونا محیطین بالمصلّی إلّا أنّ إطلاق الظرفیّه بهما شائع.

إلّا أنّ مساعده العرف و اللغه فی التوسعه- بحیث تشمل الظرفیّه [علی] الفرض الأخیر- بعید جدّا، و لذا استشکلنا فی المنع فیه، و لکن قلنا بالمنع فی الشعر الملقی؛ لأنّ الروایه بنفسها قد تعرّضت لبیان حکم نظیره و هو البول و اللبن إذا أصابا البدن أو اللباس، و هما یکونان من قبیل إطلاق الظرفیّه إلی توابع الوجود فإنّهما إذا أصابا یفرض لهما نحو إحاطه، و لذا یطلق الظرفیّه بالنسبه إلی الأفعال و هو الصلاه فیهما، و کذلک الشعر الملقی.

و أمّا ما قاله صاحب «الجواهر» قدّس سرّه من الالتزام بالمجازیّه فی بعض المدخولات مثل الروث و غیره (۱) فلا ترجیح له علی ما ذکرنا؛ لأنّه لا محیص عنه بالنسبه إلی جلّ فقرات الموثّقه (۲) مع أنّ ما ذکرنا راجح لتأییده بالروایات الخاصّه الّتی العمل بها یقتضی التعمیم فی معنی هذه الروایه، کما لا یخفی.

و کذلک ما قاله الاستاد الأکبر قدّس سرّه من إخراج «فی» عن معناه رأسا و إشرابه

۱- جواهر الکلام: ۸/ ۷۷.

۲- مرّ آنفا.

معنی المصاحبه و المعیّه، لا حاجه إلیه (۱)، مع أنّه خلاف الأصل، و یوجب إخراج بعض الفروع عن الروایه مع أنّه داخل قطعا.

فرع؛ لا تجوز الصلاه فی ما لا تتمّ الصلاه به منفردا، کالتکّه و القلنسوه إذا کان معمولا ممّا لا یؤکل لحمه، لعموم الموثّقه (۲) و صحیحه زراره (۳)، و للأخبار الخاصّه (۴) و أمّا حدیث محمّد بن عبد الجبّار (۵) فلیس قابلا للمعارضه، مع أنّه مطروح؛ لخصوص روایه الهمدانی الّتی تعارض جزء منه، و هو ما إذا کان علیه (الثوب) شعر ملقی ممّا لا یؤکل لحمه (۶)، و مکاتبه ابن مهزیار (۷) الّتی تعارض جزءه الآخر، و هو فی ما لا تتمّ الصلاه فیه إذا کان معمولا ممّا لا یؤکل، فیصیر الحدیث من العامّ الّذی یعارض خاصّین اللذین یستوعبان جمیع أفراده، فیصیر التعارض تباینیّا، و لا ریب أنّ هنا یکون الترجیح للخاصّین، لموافقتهما للمعتبرات الاخر (۸)، و لموافقته التقیّه و مذهب العامّه، و لأنّ الظاهر من عمومه مخالف لإجماع الفریقین کما أشار قدّس سرّه إلی کلّ ذلک و امور اخر فی «الجواهر» (۹).

مع أنّه لا بدّ من أن یرجّح غیره علیه، لکونه مشافهه، و هو مکاتبه، لکنّا لم

۱- کتاب الصلاه للشیخ الحائری الیزدی: ۵۳.

۲- وسائل الشیعه: ۳/ ۴۵۶ الحدیث ۴۱۶۳.

۳- وسائل الشیعه: ۳/ ۴۵۵ الحدیث ۴۱۶۰.

۴- لاحظ! وسائل الشیعه: ۴/ ۳۷۶ الباب ۱۴ من أبواب لباس المصلّی.

۵- وسائل الشیعه: ۴/ ۳۷۷ الحدیث ۵۴۴۲.

۶- وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۶ الحدیث ۵۳۴۷.

۷- وسائل الشیعه: ۴/ ۳۷۷ الحدیث ۵۴۴۱.

۸- راجع! وسائل الشیعه: ۴/ ۳۵۲ الباب ۵ و ۳۵۴ الباب ۶ من أبواب لباس المصلّی.

۹- جواهر الکلام: ۸/ ۷۶ و ۷۸.

نعثر فی الباب علی روایه خاصّه تکون مشافهه.

أقول: و لعلّ مراده قدّس سرّه هی الموثّقه (۱).

الأمر السادس: قد أشرنا إلی استثناء الخزّ و السنجاب عن عموم المنع، إلّا أنّ الإشکال فی الأوّل فی شمول عموم الجواز علی الموجود منه الآن، لأنّه لا یستفاد من الأخبار ضابطه متقنه معیّنه فی تعریفه، و کذلک کلمات الأصحاب فیه مختلفه، فبعضها تدلّ علی کونه بحریّا (۲)، و الآخر علی کونه برّیا (۳)، و بعضها علی کونه ممّا یعیش فیهما (۴)، و کذلک اختلاف أهل اللغه و التجّار، کما أنّ المستفاد من بعض الأخبار و الکلمات أنّ له نفس سائله (۵)، و الاخری أنّه لیس له نفس سائله (۶).

و بالجمله؛ إنّ کلمات الأعیان فیه مضطربه، مع أنّ المنقول عن البعض أنّه منذ زمان یکون قد فقد (۷) مع أنّ الاحتیاط لا ینبغی ترکه، و لا ریب أنّ کلّ ذلک لا أقلّ یورث الشکّ، و الأصل فی المقام المنع، فالأقوی الاجتناب عمّا یسمّی فی زماننا بالخزّ فی الصلاه.

و أمّا الثانی؛ فللشکّ فی أصل الحکم فیه؛ لأنّ الأخبار الخاصّه فیه متعارضه؛ و العامّه منها- مثل: موثّقه ابن بکیر (۸) بقرینه السؤال- صریح فی

۱- مرّ آنفا.

۲- راجع! مدارک الأحکام: ۳/ ۱۶۷ و ۱۶۸ و مستند الشیعه: ۴/ ۳۲۴ و ۳۲۵.

۳- راجع! الحدائق الناضره: ۷/ ۶۵- ۶۷.

۴- راجع! مدارک الأحکام: ۳/ ۱۶۷ و ۱۶۸، الحدائق الناضره: ۷/ ۶۵- ۶۸، مستند الشیعه: ۴/ ۳۲۴ و ۳۲۵.

۵- الحدائق الناضره: ۷/ ۶۶ و ۶۷.

۶- الحدائق الناضره: ۷/ ۶۶ و ۶۷.

۷- جواهر الکلام: ۸/ ۹۲.

۸- وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۵ الحدیث ۵۳۴۴.

المنع، و لأنّ المشهور بین القدماء و جمله من المتأخّرین المنع فیه (۱)، مع أنّه إلی الأکثر نسب الشهید قدّس سرّه (۲)، مع أنّ الإجماع علیه منقول، و یشهد بذلک کلّه التتبع فی الأخبار (۳) و کلمات الأخیار قدّس أسرارهم (۴)، فالأقوی فیه المنع أیضا.

و أمّا ما تمسّک به صاحب «الجواهر» قدّس سرّه للجواز فی الأوّل (۵)، و هو عمده دلیله من أصاله عدم النقل، فلا وجه له؛ لأنّه إنّما یستدلّ بها لإثبات معنی سابق مثل المعنی اللغوی، و عدم حدوث اصطلاح معنی للّفظ، مثل ما یقال: إنّ الصعید قد کان یطلق فی اللغه علی مطلق ما فی وجه الأرض، ثمّ یشکّ فی نقله إلی التراب الخالص (۶)، فیتمسّک بها لإثبات الأوّل، و أمّا المقام فهو عکس ذلک فهو من قبیل الاستصحاب القهقری؛ لأنّ الشکّ إنّما یکون فی تسمیه ما هو یسمّی الآن بالخزّ فی القدیم، أی فی عصر ورود الأخبار به أیضا، مع أنّ المستند فی التسمیه غیر معلوم، فتأمّل!

حکم لبس المشکوک ممّا لا یؤکل لحمه

الأمر السابع: اختلف الأصحاب فی جواز لبس المشکوک ممّا لا یؤکل لحمه فی الصلاه و عدمه، و وقع الخلاف فی کون المأکولیّه شرطا أو عدمه مانعا،

۱- جامع المقاصد: ۲/ ۷۹، الحدائق الناضره: ۷/ ۷۱، مستند الشیعه: ۴/ ۳۲۸.

۲- روض الجنان: ۲۰۷، لاحظ! مستند الشیعه: ۴/ ۳۲۸، الحدائق الناضره: ۷/ ۶۸.

۳- لاحظ! وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۵ الباب ۲ و ۳۵۰ الباب ۴ من أبواب لباس المصلّی.

۴- لاحظ! جامع المقاصد: ۲/ ۷۹، جواهر الکلام: ۸/ ۹۶ و ۹۷، مستند الشیعه: ۴/ ۳۲۸.

۵- جواهر الکلام: ۸/ ۹۱.

۶- مجمع البحرین: ۳/ ۸۵.

و لتوضيح الأمر يقدّم امور:

الأوّل: هل يكون للأحكام الوضعيّه بحذاء الأحكام التكليفيّه جعل و وضع على حده، أم هى منتزعه منها؟ و الظاهر أنّ الثانى هو الحقّ، كما عليه المحقّقون، و أنّ الاختلاف فيه إنّما يكون فى البديهيّات، كما يظهر لمن رجع إلى وجدانه أنّ من يكون فى مقام إنشاء أمر مركّب من امور، أو تكليف مشروط بامور وجودا أو عدما، فإمّا أن يتعقّل و يتصوّر هذه الامور فيحكم و يكلّف عليها، أو لا، فعلى الأوّل؛ فإذا أنشأ فينتزع منه الحكم الوضعى، أى الجزئيّه و الشرطيّه و المانعيّه و نظائرها، و لا يحتاج بعد ذلك إلى جعل آخر حتّى يقول: جعلت هذا جزء لذاك أو شرطا، لأنّه يصير لغوا، و هو محال على الحكيم، و على الثانى فانضمام ذاك الامور يوجب الخلف.

نعم؛ يمكن ذلك بالبداء و هو محال أيضا، فإنّه لا بدّ لمن هو عالم بعواقب الامور من بيان كلّ ماله دخل فى مطلوبه من أوّل الأمر، فلو أنشأ و كلّف بما هو مركّب أو مشروط بأربعه امور، لا يعقل أن يضمّ إليه خامسا، و يقول: جعلته جزء أو شرطا، بل عليه أن يحكم من الأوّل بالمركّب معه.

و بالجمله؛ من نفس إنشائه وجوب الصلاه عند الدلوك ينتزع السببيّه، [و وجوبها] مع السوره ينتزع الجزئيّه، و إن أبيت فراجع إلى الموالى الظاهريّه إذا يقول: أكرم زيدا إن جاءك هل يحكم بأمرين، و هما سببيّه المجى ء للإكرام و وجوبه عند المجى ء، أم لا، بل ينشئ امرا واحدا و هو وجوب الإكرام عند المجى ء ثمّ ينتزع العبد منه السببيّه؟

و بما ذكرنا ظهر أنّها ليست قابله للجعل فى عالم التصوّر أيضا، فإنّ فيه

أیضا إذا تصوّر عدّه امور و اعتبر اجتماعها، أو تصوّر أمرا مقیّدا بأمر وجودیّ أو عدمیّ ینتزع منه الجزئیّه و الشرطیّه، فإنّ تصوّرها هکذا عین الجزئیّه و الشرطیّه، و لا یحتاج إلی تصوّر جزئیّته أو شرطیّته، و لو لم یتصوّر یلزم البداء و الخلف، کما ذکرنا، و لو سلّم جعلها فی عالم التصوّر، لا ینتج بالنسبه إلی الخارج بعلم.

و بعباره اخری؛ فرق بین الامور الاعتباریّه و الانتزاعیّه، فإنّ الأوّل لها وجود متأصّل باعتبار ما یعتبر فیها، و لو لم یعتبر معتبر، فإنّ الفوق فوق، و التحتیّه للتحت ثابته، و لو لم یعتبرهما أحد.

و یمکن أن یقال: إنّ وجودها یکون من قبیل وجود الأعراض؛ و بالجمله لها حظّ من الوجود مثل الوجودات الحقیقیّه، بخلاف الثانیه، فإنّها لیس لها وجود إلّا بالانتزاع، و لیس لها وجود فی موطن من المواطن، فلیست قابله للجعل تأصّلا لا تشریعا، فإنّه إذا قال الشارع: اغسل ثوبک من النجاسه الفلانیّه مرّتین، ینتزع منه شرطیّتهما فی الطهاره، و کذلک إذا قال: الصلاه (۱) مشتمل علی قراءه [الحمد] و سوره و غیره ینتزع منه الجزئیّه، و کذلک إذا قال: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (۲) ینتزع منه سببیّه العقد للتملیک (۳) و التملّک.

و الظاهر أنّ من الواضحات إنّه لا تنال ید الجعل لهذه الامور إلّا تبعا، و المخالف مکابر جدّا، و إن کان فی تصویرها (دخلها) و ارتباطها بالماهیّه ترتّب، فإنّ الجزء مقدّم علی الشرط فإنّه من مقوّمات الذات، و التقیید و القید کلاهما

۱- و إن کان نفسها قابلا للجعل؛ لأنّهما من الامور الاعتباریّه، کما قرّر فی الاصول، فتأمّل! «منه رحمه اللّه».

۲- المائده (۵): ۱.

۳- و کذلک مقدمیّه المقدّمه، فإنّها لیست قابله للجعل و بوجوب ذی المقدّمه تجب هی قهرا، مع أنّها لها وجود علی حده فی حیال وجود ذی المقدّمه، فتأمّل! «منه رحمه اللّه».

داخلان فیه، بخلاف الشرط فإنّه متأخّر، و لذا قد یقال: إذا تعارض فی الوجود بین إحرازهما یقدّم الأوّل، فتأمّل!

و من البـدیهه أنّ ذلـک لاـ یکشف عن مجعولیّتهـا أصـاله، و قـد کتبت فی بحث الاـصول من البرهـان زیاده عمّا علّقت و نقلت هاهنا.

الثـانی: قـد نقلنا عنه- دام ظلّه- سابقا عـدم إمکان جعل عـدم شـی ء مانعا لشـی ء بعـد جعل وجوده شـرطا للزوم اللغویّه، و نقول تأکیـدا للأـمر: إنّ هـذا محـال ملاکا و خطابا و أثرا، لأنّه لا بـدّ أن یعلم أنّ عـدم المعلول إمّا أن یکون لعـدم المقتضـی أو یکون لوجود المانع، و من الواضح أنّه إذا لم یکن المقتضـی موجودا، و لو کان المانع موجودا ینسب عدم المعلول إلی عدم المقتضی، لا إلی وجود المانع، فإنّه لا أثر له مع عدمه، و لا یکون له دخل فی عدم المعلول أصلا، و الشرط إنّما یکون من أجزاء المقتضی، فبانعـدامه ینعـدم، فإذا جعل عدمه مانعا فلا یقال فی هذه الصوره: انعدام المعلول إنّما یکون من جهه وجود المانع، بل یکون من جهه عـدم الشـرط الموجب لعـدم المقتضـی. و بـذلک ظهر النظر فی جمله من کلمات صاحب «الجواهر» فی المقام و غیره (۱)، فتأمّل!

و بالجمله؛ من تأمّل فی معنی المانع یظهر له بداهه ما بیّنا، فإنّ المانع هو الّذی یمنع عن تأثیر المقتضـی و ترشّحه ماله أن یترشّح، فلمّا لم یوجد المقتضی من جهه عدم شرطه فاستثناء عدم الأثر إلیه- أی إلی المانع- یکون من قبیل السالبه بانتفاء الموضوع.

برهان آخر: لا إشکال أنّه إذا کانت العلّه مرکّبه من امور تدریجیّه فیکون

۱- جواهر الکلام: ۸/ ۸۷- ۹۳.

بين أجزاء العلّه الترتّب قهرا، و لذا يقال: إنّ الجزء الأخير هو العلّه التامّه، أى هو ما به يتمّ تماميّه العلّه و يوجد أثرها، و من المعلوم أنّ أجزاء العلّه المقتضى مقدّم على شروطها، و كذا الشروط مقدّم على المانع.

لا يقال: إنّه ليس بين المعلول و العلّه إلّا تخلّل «فاء» واحد، و ما ذكرت يقتضى أن يكون بينها و بين العلّه إذا كانت مركّبه تخلّل فاءات و تأخّرات، و هذا خلاف التحقيق.

لأنّا نقول: عدم تأخّر رتبه المعلول عن العلّه إلّا بمرتبه واحده لا ينافى الترتّب بين أجزاء العلّه إذا كانت مركّبه من امور تدريجيّه، فإنّ من البديهه أنّه إذا كان السلّم- مثلا- علّه للذهاب على السطح لا يتخلّل بين الكون عليه و السلّم إلّا فاء واحد، مع أنّ بين درجات السلّم ترتيب، و الطفره محال، و السرّ فى ذلك ما أشرنا إليه من كون الجزء الأخير هو العلّه.

و الحاصل؛ أنّ الترتيب بين المعدّات إنّما هو من الواضحات، فقد تبيّن بذلك محاليّه جعل الضدّ مانعا ملاكا، كما أنّ بذلك بيّنوا عدم كون الضدّ مقدّمه و علّه للآخر، فإنّهما إنّما يكونان معلولا للعلّه الثالثه، و الضدّ و عدمه إنّما يكونان فى رتبه واحده، مع أنّ المقدّمه و العلّه مقدّمه على المعلول رتبه، و منشأ التوهّم أنّه لمّا لا يجتمع الشى ء مع ضدّه فى الوجود، و يكون وجود كلّ واحد منهما مساوقا لعدم الآخر توهّمت المقدّميه، و إلّا لو كان كما توهّم يلزم الدور كما هو واضح، و أمّا عدم جواز الجعل خطابا، للزوم اللغويّه، و أمّا أثرا، لكونه تحصيلا للحاصل.

الأمر الثالث: الّذى يستظهر من جمله من الأخبار كون غير مأكول اللحم

مانعـا لا کون المأکول شـرطا، فإنّ طائفه منها تـدلّ علی حرمه لبسـها فی الصـلاه (۱) و معلوم أنّ الحرمه فیهـا تشـریعیّه (۲)، فهو صریح فی المانعیّه.

و منها؛ لسانها عـدم جواز اللبس فی الصـلاه (۳)، و الجواز هو المجاوزه و التعـدّی، فالمراد بها هو أنّ لبسـها فی الصـلاه مانع عن الخروج عن عهده التکلیف.

و منها؛ لسانها النهی عن لبسـها فی الصلاه (۴) مثل: «لا تصلّ فیها» و غیره (۵)، و لا ـ ریب أنّ النهی هاهنا غیریّ، و المراد بالطلب الغیری هو أنّ فی المطلوب مـدخلیّه فی تحقّق المـأمور به، فیصـیر مفـاد النهی الغیری هو أنّ المنهیّ عنه- أی مـا طلب عـدمه فی المأمور به- مانع عن انتقال المأمور به، و من الواضح أنّ النهی الغیری لا یدلّ إلّا علی المانعیّه، و کذلک غیره ممّا عرفت.

إنّما الّذی یمکن أن یسـتفاد منه الشـرطیّه من الأخبار- کما قد تمسّک به بعضهم (۶)- هـو روایه علیّ بن [أبی] حمزه (۷) و ذیل موثّقه ابن بکیر (۸)، و لکن لا

۱- وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۵، الباب ۲ من أبواب لباس المصلّی.

۲- لأنّ الحرمه الذاتیّه فی العبادات لفقدان شـرط منها غیر ثابت، بل غایته اللغویه إلّا فی باب الصلاه بدون الطهاره، علی ما یظهر من روایه. «منه رحمه اللّه».

۳- وسائل الشیعه: ۴/ ۳۵۳، الحدیث ۵۳۶۷ و ۵۳۶۸.

۴- کـأنّ هـذه الجمله هی عین الاـولی؛ لأـنّ الحرمه إنّمـا هی مسـتفاده من هـذه الأخبـار، فـالجمله الاـخری هی ما عبّر فیها بلفظ الفسـاد، فهی أیضـا صـریح فی کون المـأمور به لاـقترانه بالمانع فقـد فسـد، و إرجاعها إلی الشـرط محتاج إلی الخروج عن ظاهر اللفظ، کما هو واضح، «منه رحمه اللّه».

۵- وسائل الشیعه: ۴/ ۳۵۴ الحدیث ۵۳۷۱.

۶- مستند الشیعه: ۴/ ۳۲۹.

۷- وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۸ الحدیث ۵۳۵۴.

۸- الکافی: ۳/ ۳۹۷ الحدیث ۱، تهذیب الأحکام: ۲/ ۲۲۲ الحدیث ۸۱۸، وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۵ الحدیث ۵۳۴۴.

یخفی أنّ الاولی إنّما تصیر دلیلاـ إذا أرجعنا قوله علیه السّلام: «إذا کان ممّا یؤکل لحمه» (۱) إلی الجزء الأوّل من الروایه، و جعلنا قوله علیه السّلام: «بلی» مع سؤال الراوی (أ لیس التذکیه بالحدید؟) (۲) جمله معترضه، و یصیر من قبیل ما لم یتمّ کلام الإمام علیه السّلام، قد استعجل الراوی فی السؤال بسؤال آخر، ثمّ أجابه علیه السّلام فرجع علیه السّلام بعد ذلک إلی تتمیم جواب السؤال الأوّل، و کلّ ذلک خلاف الظاهر، فلیس قابلا لصرف ظهور الروایات الاولی، فلا بدّ أن یرجع القید إلی الجزء الأخیر من الروایه، أی یجعل القابلیّه من قیود التذکیه، کما یقتضیه ظاهر الکلام و القاعده اللفظیّه، فیصیر معارضا لما یدلّ علی عدم اشتراط القابلیّه فی التذکیه، کما هو الحقّ، و دلّ الدلیل علی قابلیّه تذکیه کلّ حیوان ما عدا الحشرات و نجس العین، فیطرح ذیل هذه الروایه- کما أشرنا إلیه سابقا- إن لم یقبل التأویل، و شرح الکلام فی محلّه، و کیف کان لیست الروایه دلیلا لما ذکروا.

و أمّا الثانی؛ و هو ذیل الموثّقه (۳)، فهو إمّا أن یکون تأکیدا للصدر أو تأسیسا، فإن جعلناه تأکیدا فیمکن أن یکون الصدر قرینه علی الذیل أو بالعکس، کلاهما محتمل فلا یتمّ الدلیلیّه، و إن جعلناه تأسیسا- کما هو أولی- فالظاهر کونه مسوقا لبیان حکم الناسی إذا صلّی فیه، کما یشهد به قوله علیه السّلام:

«تلک» فإنّ الظاهر کونها إشاره إلی ما هو واقع فی الخارج نسیانا، فیقول علیه السّلام:

«لا یقبل الصلاه» (۴) الّتی وقعت فی الخارج و إلّا فأصل الحکم معلوم مبیّن من صدر الروایه، فعلی هذا غیر مرتبط بالشرطیّه، و یصیر دلیلا للمشهور حیث أفتوا

۱- مرّ آنفا، و هی موثّقه ابن بکیر.

۲- مرّ آنفا، و هی روایه علی بن أبی حمزه.

۳- مرّ آنفا و هی موثّقه ابن بکیر.

۴- مرّ آنفا و هی موثّقه ابن بکیر.

بأنّ من صلّى ناسيا فى ما لا يؤكل فعليه الإعاده (۱)، مع أنّ إطلاق صحيحه «لا تعاد» (۲) يقتضى عدم الإعاده، و لذلک توهّم كونه فتوى بلا مدرک، فلعلّ نظرهم و استفادتهم يكون من هذا الذيل، و إن كانت النسبه بينها و بين الصحيحه عموما من وجه، لأنّ الذيل يقتضى الإعاده ناسيا أو جاهلا، و الصحيحه تدلّ على عدم إعاده الناسى بناء على اختصاص دلالتها به، و أعمّ من الذيل من جهه دلالتها على غير ما لا- يؤكل من الموانع إلّا أنّه يجب تقديم الذيل عليها، لأنّ روايه ابن الحجّاج (۳) تدلّ على عدم لزوم إعاده الجاهل، فإنّه لمّا يسأل من الإمام عليه السّلام عن الصلاه جاهلا فى فضلات ما لا يؤكل، فيقول عليه السّلام بعدم وجوب الإعاده، مع أنّها نجسه، فتدلّ على أجزائها الطاهره بالأولويّه القطعيّه، فعلى ذلک يختصّ الذيل بالناسى فتنقلب النسبه فيخصّص الذيل صحيحه زراره (۴) مع أنّه لو قدّمت لا يبقى للذيل مورد.

و الحاصل؛ أنّ الذيل دليل لما أفتى به المشهور، و لا ربط له بالمقام، و مع التسليم إنّ الصدر و الذيل متعارضان، فيصير المرجع الروايات الدالّه على المانعيّه، كما أشرنا إليها، فلا تغفل.

اعلم! أنّ الشرطيّه ملازمه لأحد الامور الثلاثه: إمّا القول بلزوم كون لباس المصلّى من الحيوان المأكول، فلا يجوز فى القطن و غيره، و إمّا القول بكون

۱- جواهر الكلام: ۸/ ۷۹.

۲- وسائل الشيعه: ۷/ ۲۳۴ الحديث ۹۲۰۴.

۳- وسائل الشيعه: ۳/ ۴۷۵ الحديث ۴۲۱۸، و فيه: «عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه» بدلا عن: «ابن الحجّاج».

۴- مرّ مرارا، وسائل الشيعه: ۴/ ۳۴۵ الحديث ۵۳۴۴.

الاشتراط بالنسبه إلی غیر الحیوان من السالبه بانتفاء الموضوع، و إمّا جعل الشرط أحد الامور المأکولیّه أو القطن أو الکتّان.

أمّا الأوّل، فهو خلاف الإجماع و الضروره.

و أمّا الثالث؛ فلم یثبت من الأدلّه هکذا، بل اشترط الساتر للمصلّی، ثمّ جعل غیر المأکول مانعا کما هو ظاهر الأدلّه.

و أمّا الثانی؛ فهو خلاف الأصل مع أنّها فی المقام قریب من الاستهجان، فإنّه إذا قیل: یشترط فی لباس الرجل إذا کان مصلّیا أن لا یکون من الحریر (۱) إنّما لوحظت الشرطیّه فیه بالنسبه إلی المرأه إذا کانت مصلّیه لا إلی حالها ما لم تقرأ الصلاه (۲).

مع أنّ مفاد الشرطیّه إنّما یکون التقیید، و التقیید إنّما یتصوّر حیث [کان] الإطلاق جائزا، و من المعلوم أنّه بعد ما ثبت جواز الصلاه فی غیر الجلد من الحیوان- مثل القطن- فالإطلاق غیر جار (۳).

مع أنّ لازم الشرطیّه إنّما هو الخصوصیّه الوجودیّه بخلاف المانعیّه، و قد علمت أنّه لا خصوصیّه فی اللباس کونه من الحیوان أصلا.

و بالجمله؛ من تأمّل یری أنّ محذورات الشرطیّه کثیره مع أنّ الدلیل لا یساعدها، و مع التسلیم فدلاله ذیل الموثّقه (۴) لیست تامّه، لأنّ الظاهر من لفظ

۱- فإنّه یکون فی قباله صنف یجوز صلاته فیه، «منه رحمه اللّه».

۲- و لازم الشرطیّه فی المقام صیرورته نظیر الآخر، فلا بدّ أن یقال: لوحظت الشرطیّه بالنسبه إلی الصلاه فی الحیوان، و مقابله حال قراءه الصلاه فی القطن و شبهه، فتأمّل! «منه رحمه اللّه».

۳- لأنّه لا یقال: یشترط فی اللباس من المصلّی الجلد، سواء کان من المأکول أو غیره، «منه رحمه اللّه».

۴- وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۵ الحدیث ۵۳۴۴، مرّت الإشاره إلی مصادرها مرارا.

«من» فی قوله علیه السّلام: «ممّا أحلّ اللّه أکله» هو البیانیّه لا تقییدیّه، فإذا صارت بیانیّه فتکون فی مقام بیان لفظ الغیر الواقع قبلها، فلا یستفاد منها الشرطیّه.

تذنیب: بعض من منع الصلاه فی المشکوک نظرا إلی إحرازه الشرطیّه من الأدلّه أرجع الروایات الدالّه علی الفساد و فی غیر المأکول و حرمه الصلاه فیه و غیرها، الّتی استفدنا منها المانعیّه، إلی الشرطیّه و ساقها مساق الذیل [من] الموثّقه ببیان أنّ المراد منها عدم الحلیّه و انتفاعها الّتی یجب إحرازها، لا أن یکون المراد ظواهر هذه الألفاظ، و لکن ما عرفنا وجه هذا الالتزام، فإنّه إخراج اللفظ عن ظاهره بلا دلیل، و تکلّف بلا موجب.

نعم؛ توهّم ذلک بالنسبه إلی الحلّ و الإباحه بزعم أنّهما أمران عدمیّان، فإنّهما عبارتان عن عدم الوجوب أو الحرام، و لکن تبیّن فی محلّه أنّ الزعم فاسد بالنسبه إلیهما. أیضا، فإنّهما أمران وجودیّان یعبّر عنهما بإرخاء العنان و تحویل الأمر إلی الطرف، و جعله باختیار من بیده العنان و الأمر، و من البدیهه أنّ مثل هذا التوهّم لم یجر فی مثل الحرام و الفاسد.

الأمر الرابع: استدلّ جمله من المجوّزین باستعمال المشکوک فی الصلاه بدلاله الألفاظ علی المعانی المعلومه، و قد بیّنوا مرادهم باحتمالات خمسه:

أحدها: وضع الألفاظ للمعانی المعلومه.

ثانیها: انصرافها فی مقام التکلیف إلیها.

ثالثها: کون المانع من امتثال أوامر العباده بتنجّز النهی عن العباده إذا فقد الشرط، و من المعلوم أنّه إذا کان الموضوع مشکوکا لا یتنجّز النهی، و لعلّ إلی ذلک یرجع ما قرّره- دام ظلّه- فی الأمر الآتی فی مقام تأسیس الأصل.

الرابع: تنزيلها بصوره العلم من جهه قبح تكليف الجاهل.

خامسها: دعوى صراحه خصوص الأخبار (۱) فى ذلك.

الثلاثه الاولى بعيده عنهم، فالمهمّ بيان الاحتمالين الأخيرين نقلا عن الفاضل النراقى و المحقّق القمّى قدّس سرّهما.

الأوّل: أنّه لمّا تعلّقت التكاليف بمفاهيم الألفاظ الّتى منها لفظ غير المأكول، فلا بدّ أن يحمل على المعلوم منه؛ لأنّ التكليف بالمجهول قبيح، و لذلك اخذ فى جمله الشرائط العامّه العلم (۲).

و جوابه: أنّ التكليف بالمجهول قبيح إن كان مجهولا (۳) رأسا بحيث لا يمكن امتثاله، أو امتثاله يوجب العسر و الحرج، مثل أن يقال: جئنى بشى ء و اريد شى ء معيّن، و أمّا إذا لم يصل بهذا الحدّ، بل كان يمكن امتثاله بطريق الاحتياط أو الفحص فلا يلزم محذور.

مع أنّ كليّه التكاليف قد تعلّقت بالعباد فى حال جهلهم و إلّا لم يكن واجبا الفحص و التحصيل.

و أمّا حديث أخذ العلم (۴) فى جمله الشرائط العامّه إنّما هو فى مقام التنجّز و العقاب على فرض التسليم.

الثانى: استفاده المانعيّه فى المعلوم مطلقا من الأخبار، مثل: روايه عبد الرحمن بن الحجّاج يسأل عن الإمام عليه السّلام أن يقرأ صلاته فى عذره الإنسان

۱- راجع! وسائل الشيعه: ۴/ ۴۵۵ الباب ۵۵ من أبواب لباس المصلّى.

۲- مستند الشيعه: ۴/ ۳۱۶.

۳- و هو ما يرجع إلى عدم القدره «منه رحمه اللّه».

۴- وسائل الشيعه: ۴/ ۳۴۵ الحديث ۵۳۴۴.

و الکلب و هو لا یعلم، فیقول علیه السّلام: «صلاته صحیحه» (۱) فیستفاد منه- و غیر ذلک من الأخبار الّتی عمدتها هذا- أنّ الصلاه فی غیر المأکول لا تجوز إذا کان معلوما (۲)، و بعباره اخری: مانعیّه هذه الامور مشروطه بصوره العلم.

و فیه: أنّ الروایه إنّما تکون فی مقام بیان الإجزاء، بمعنی أنّ من دخل فی صلاته و هو جاهل بوجود المانع معها، ثمّ تبیّن بعد الصلاه وجود المانع، فلا یجب علیه الإعاده، و لم یظهر منه أنّ من هو من أوّل الأمر شاکّ بوجود المانع، فدخل فی العمل أن یکون دخوله جائزا حتّی یصیر عمله صحیحا.

و الحاصل؛ أنّه قد یدّعی کون الروایه فی مقام بیان أنّ أجزاء غیر المأکول مانعه عن الصلاه إذا کانت معلومه و إلّا فلا، فقد سیقت لبیان الضابطه و الحکم الکلّی، و هذا احتمال أنّی لهم بإثباته و تعیینه، مضافا إلی أنّ ما ذکرنا من کونه مسوقا لبیان الإجزاء، بمعنی إتیان الفعل بداعی امتثال الواقع فتبیّن خلافه، فیحکم علیه السّلام بإجزائه عن الواقع، هو الظاهر من الروایه، فلا ربط له بالمقام.

هذه عمده الروایات الّتی استدلّوا لإثبات دعواهم، فقد عرفت حالها، و الباقی أسوأ حالا من تلک الروایه، فراجع!

و الاحتمالات الاخر لإثبات مدّعاهم- من کون الألفاظ موضوعه للمعانی المعلومه أو کون المراد منها فی مقام تنجّز التکالیف المعلومه منها- واضحه الفساد غنیّه عن البیان، فلا ینبغی التمسّک بمثل هذه الموضوعات لجواز

۱- الکافی: ۳/ ۴۰۶ الحدیث ۱۱، وسائل الشیعه: ۳/ ۴۷۵ الحدیث ۴۲۱۸، و فیه: عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه بدلا عن: عبد الرحمن بن الحجّاج.

۲- وسائل الشیعه: ۴/ ۳۴۵ الباب ۲ من أبواب لباس المصلّی.

استعمال المشكوک، فالحریّ الاستفاده ممّا سنؤسّس من الأصل.

الأمر الخامس: فی تأسیس الأصل فی المسأله، و لا بدّ من التکلّم فیه فی مقامات:

الأوّل: فی کونها مجری للبراءه أو الاشتغال، و جریان البراءه فیها موقوف بأمرین: أحدهما: جریان البراءه فی الارتباطیّات، و قد تبیّن فی محلّه جریانها فیها، لأنّ کلّ واحد من الأوامر المتعلّقه بالأجزاء و الشرائط یکون بمنزله الأحکام المستقلّه، و فرض الارتباط کالعدم.

ثانیهما: انحلال کلّ من الأحکام الکلیّه إلی التکالیف الجزئیّه باعتبار کلّ واحد من مصادیقها، مثل: لا تشرب الخمر، ففی المقام أصالتها أو انتزاعیّتها و تبعیّتها لا تثمر شیئا، کما لا یخفی.

و کیف کان؛ فإن ثبت کون لسان الأمارات علی الوجه الرابع، فلا إشکال فی تقدیمها علی الاستصحاب، إنّما الکلام فیما لو لم یثبت، و کان علی أحد الأنحاء الثلاثه.

فقد یقال فی وجه تقدیمها: و سرّه هو أنّه لا إشکال فی أنّ النسبه بین أدلّه الأمارات و الاستصحاب العموم من وجه، و السبب فی الحکم بالتعارض فی العامّین من وجه، و عدم تقدیم أحدهما علی الآخر و ترجیحه، هو أنّه یلزم الترجیح بلا مرجّح، لأنّ کلّا یقتضی العمل بظاهره، فلا بدّ إمّا من الحکم بالتساقط أو الرجوع إلی المرجّح الخارجی مع وجوده.

و قد ذکروا من جمله الشرائط فی الحکم بالتعارض بینهما هو أن لا یلزم من ترجیح أحدهما إلغاء الآخر رأسا، و إلّا فیرجّح هذا لعدم لزوم الترجیح بلا

مرجّح، و عدم تحيّر العرف فى ذلک و حکمه بتقديمه؛ لأنّه يصير بمنزله العامّ الآبى عن التخصيص، فيوجب کونه نصّا فى مدلوله و الآخر ظاهر، فيخصّص بهذا.

ففى المقام لو خصّص الخبر الواحد أو اليد بالاستصحاب لزم لغويّه هذه الأمارات و عدم بقاء المورد لها، مع فرض ثبوت عدم الفرق بين الاستصحاب و سائر الاصول بالإجماع، فإذا قام الخبر أو اليد- مثلا- على نجاسه شى ء، فإن کان مسبوقا بالطهاره فيجب العمل بالحاله السابقه و طرح الخبر أو اليد، و إن لم يکن له حاله سابقه فيجب الرجوع إلى سائر الاصول، من أصاله الطهاره و غيرها، فيلزم التخصيص المستوعب، فلا بدّ من ترجيح الأماره عليه و تخصيص الاستصحاب بها، حتّى لا يلزم هذا المحذور، و المحذور الآخر فقد عرفت أنّه مرتفع بحکم العرف.

و القاعده المذکوره لا تختصّ بالمقام بل نظائرها کثيره؛ منها: التعارض بين مفهوم قاعده طهاره الماء إذا بلغ قدر کرّ، و منطوق الدليل الدالّ على طهاره الجارى، و غير ذلک من الموارد.

هذا؛ و لکن تسجيل هذا الوجه مبتن على أن نقول: مع اختصاص الشبهات فى الأموال و الشبهات المشوبه بالعلم الإجمالى بمدلول الأمارات، و عدم مجرى للاصول فيها، و کذلک إذا کان مجراهما (۱) متوافقين و ترجيح الاصول عليها يوجب التخصيص المستهجن و لغويّه أدلّه الأمارات أيضا بعد ذلک کلّه، مع أنّ موارد الشبهات المذکوره کثيره.

إلى هنا کنّا فى مقام تصوير الوجوه و الاحتمالات الآتيه فى لسان الأمارات، و نقل الأقوال فى المسأله، فالآن نرجع إلى بيان ما هو الحقّ.

۱- فإنّ هاهنا أيضا عمل بالأماره «منه رحمه اللّه».

فـأقول: ملخّص ما استفدت عن الاسـتاد- دام ظلّه- أنّه قال: مع الغضّ عمّا يرد على القول بورود الأمارات على الاستصـحاب من العـدول أوّلاـ عمّا هو ظاهر من معنى الشكّ الواقع فى حـديث الاستصـحاب (۱)، و إخراجـه إلى غيره من جعـل الحكم أعمّ من الظـاهرى و الواقعى، مع أنّ ذلـك خلاـف مـا تسـالموا عليه، لأـنّهم بنوا أنّ الشـكّ متعلّق بما تعلّق به لفظ اليقين الواقع فى صـدر الحـديث حتّى لا يختلف متعلّقهما كما يقتضـيه ظاهر القضـيّه الاستصـحابيّه، و كـذلك إخراج اليقين عن المعنى الظاهر فيه ثانيا، لأنّ اسـتناد النقض به يقتضـى كونه بنفسه سـببا و موجبا له لا أن يكون شـرطا لتحقّق ما هو ناقض حقيقه، و كيف، لو كان متعلّق اليقين الحكم الظاهر- الّذى هو مفاد الأمارات الظنّيه- يكون النقض مسـتندا إليها؛ لأنّها توجب التنجيز، و اليقين بها يصـير شـرطا لتحقّق المنجّز، بخلاف ما لو كان العلم طريقا إلى الواقع، فعنـد ذلك لمّا لم يكن منجّز غيره اسـتند النقض إلى نفس اليقين، فإنّه على هذا يصير العلم بمنزله الأمارات الّتى هى كاشفه عن الواقع، و تحقيق ذلك فى بيان جعل الطرق.

و الحاصـل؛ أنّه لمّـا كـان ظـاهر كـلّ عنـوان اخـذ فى موضوع يقتضـى كونه بنفسه دخيلاـ فى ثبوت الحكم و مؤثّرا له، فالقاعـده حاكمه بكون المراد من اليقين هو الكاشف عن الواقع و الـدالّ عليه، لما عرفت، كما كان هذا مدلول لفظ اليقين الواقع فى صدر الحديث، فالسياق أيضا مساعد لما ذكر.

فمع تسـليم ذلك كلّه فنقول: قد عرفت أنّ مبنى كلام القائل بكون أدلّه حجيّه الخبر- مثلا- واردا على الاستصحاب هو التصرّف فى لفظ الشكّ و اليقين، و لكن لا يفيده ذلك؛ لأنّ لسان أدلّه اعتبار الأمارات إن كان من قبيل الرابع، و هو

۱- تهذيب الأحكام: ۱/ ۸ الحديث ۱۱، وسائل الشيعه: ۱/ ۲۴۵ الحديث ۶۳۱.

سلب الشكّ و جعل الشاكّ بمنزله المتيقّن، فمن البديهه أنّ دليل الاستصحاب الدالّ على عدم نقض اليقين بالشكّ الأعمّ من الواقعى و الظاهرىّ، أنّ هذا الدليل لا يشمل نفسه.

بمعنى أنّه يدلّ على الحكم و هو عدم النقض بسبب الشكّ من غير ناحيه هذا الدليل، لأنّه لا يكون حكم حافظا لموضوع نفسه، بل لا يعقل ذلك، فإذا كان لسان الدليل للأماره هو نفى الشكّ فلا يجوز التمسّك بدليل الاستصحاب لإثبات الحكم الظاهرى حتّى يقال: إنّ السالبه الكليّه تنتقض بالموجبه الجزئيّه، و المفروض أنّ لسان دليل الخبر أيضا لا يثبت حكما، و إنّما لسانه نفى الشكّ، مع أنّ الشكّ بالوجدان مع قيام الخبر على خلاف الحكم الثابت بالاستصحاب باق، و ليس من رأسه مرفوعا، فالموضوع باق و ما تغيّر عمّا كان عليه، نعم الحكم الثابت بالاستصحاب مرفوع، و هذا إنّما كان مناطا للحكومه لا الورود، و مناط الورود إنّما كان تعليق جريان أحد الدليلين على عدم الآخر الّذى كان قد يعبّر عنه بتبدّل الموضوع و تغييره، فعلى تقدير كون لسان دليل الخبر هو المعنى الرابع لا يكون مجال للورود، بل حاكم بكونه ناظرا و شارحا كما عرفت من نفيه الحكم بلسان نفى الموضوع.

نعم؛ إن كان لسان أدلّه حجيّه الأخبار هو المعانى الثلاثه الاولى، فلا يبعد الورود؛ لأنّها بنفسها تثبت حكما ظاهريّا، فانتقاض السلب الكلّى المستفاد من الشكّ إنّما يكون من غير ناحيه الاستصحاب و دليله، فالموضوع ينقلب و يتغيّر، فيحقّق مناط الورود، و لكن أنّى لهم بإثبات كون لسان الأدلّه و الأمارات هكذا، لا من الوجه الرابع (۱).

۱- إلى هنا تمّت الرساله.

بسم الله الرحمن الرحیم ربّ وفّقنی الحمد للّه ربّ العالمین، و الصلاه و السلام علی سیّدنا محمّد و آله الطاهرین المعصومین.

الصلوات المشروعه فیها الجماعه

اشاره

المقصد السادس: فی الجماعه، و فیه أبحاث.

الأوّل: فی ما شرّع فیه الجماعه: لا إشکال فی مشروعیّتها فی الفرائض الیومیّه و استحبابها مؤکّدا فیها، خصوصا فی الصبح و المغرب منها. و إنّما البحث فی موارد.

الأوّل: المنذوره من الصلوات المندوبه، و الأقوی فیها عدم المشروعیّه؛ لظهور أدلّه الفریضه فی الأصلیّه منها، حیث إنّ الّذی یدلّ علی المشروعیّه فیها مطلقا لیس إلّا صحیح زراره و الفضیل: قلنا له: الصلاه فی جماعه فریضه هی؟

فقال: «الصلوات فریضه، و لیس الاجتماع بمفروض فی الصلوات کلّها، و لکنّها سنّه» (۱) .. إلی آخره.

و هو أمره دائر بین أن یکون المراد من المنفیّ العموم المجموعی أو

۱- وسائل الشیعه: ۸/ ۲۸۵ الحدیث ۱۰۶۷۶.

الانحلالی فی مقابل الفریضه الّتی یجب فیها الجماعه، کالعیدین، فحینئذ قوله:

«و لکنّها سنّه» یکون تابعا له، و لمّا کان الظاهر منه هو الاحتمال الثانی لکونه فی مقام رفع توهّم السائل من کون الجماعه فرضا فی کلّ فریضه فالإمام علیه السّلام قال:

لیس کذلک.

فیستفاد من إطلاق الجواب فی مورد المسئول عنه الّذی هو الفریضه أنّها سنّه فیها سوی ما استثنی منها، و ثبت وجوبها فیها من الفرائض.

و کیف کان؛ لا إشکال فی أنّ هذا الإطلاق لا یشمل الفرض بالمعارض، فلا دلیل حینئذ علی مشروعیّتها فی المنذوره سوی ما فی عباره «الذکری» من دعواه الإجماع (۱).

و لکنّه یتوقّف علی أن یکون مراده من قوله: «عندنا» هو الإجماع المصطلح، و لمّا لم یثبت؛ لمکان أنّ عادته و غیره من أساطین المتأخّرین فی المسائل الإجماعیّه التعبیر ب «عند علمائنا أجمع» و نحوه، و هو الّذی لو وقع فی کلماتهم قدّس سرّهم لا ریب فی ثبوت الإجماع به، و أمّا لفظ «عندنا» فإنّما یعبّرون عنه فیما کان الأمر متسالما و لم یبلغ إلی حدّ الإجماع، فحینئذ الإجماع فی المسأله أیضا لا یتمّ، فبقی تحت الأصل.

لا یقال: کیف و أنتم فی أکثر المقامات ألحقتم المنذوره بالفریضه الأصلیّه، فما الفرق بینها و [بین] مسأله الجماعه؟

لأنّا نقول: أمّا فی مثل ما أسقط فیه الشروط کالقیام و الاستقرار و الاستقبال و هکذا مسأله الشکّ؛ فلمّا کان استفدنا من مناسبه الحکم و الموضوع کون تلک

۱- ذکری الشیعه: ۴/ ۳۷۴.

الأحكام تسهيلا للندب فيدور الحكم مدار الوصف، فلذلک بنينا على أنّه عند زواله فيرتفع، بخلاف المقام لعدم مناسبه فى البين تقتضى ذلک.

و بالجمله؛ فمقتضى أصاله عدم المشروعيّه عدم الإتيان بالمنذوره جماعه.

الثاني: صلاه الطواف، و الأقوى فيها المشروعيّه، و ذلک لشمول الإطلاق لها على التقريب المذکور.

و أمّا الّذى صار منشأ لتشکيک بعض فيها من جهه عدم النقل عن النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم بإتيانها جماعه فى حجّه الوداع، مع أنّ جميع أفعالها فيها منقوله، بل المنقول أنّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم بعد الطواف توجّه إلى مقام إبراهيم عليه السّلام و قرأ الآيه و صلّى رکعتين (۱).

ففيه: مع أنّه کما لم ينقل إتيانه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم بها جماعه کذلک لم ينقل فرادى، و مع تسليمه، لعلّه لم يمکن الاجتماع من ضيق المکان أو عدم التوافق عند إتمام الطواف بين فعله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و سائر الناس، [مع] أنّ عدم النقل لا يصير دليلا على عدم المشروعيّه، بحيث يعارض الإطلاق، کما لا يخفى.

الثالث: النوافل، أما نوافل شهر رمضان، فالظاهر أنّه لا إشکال فى عدم مشروعيّتها فيها، لتظافر الأخبار بها مثل ما ورد من أمر أمير المؤمنين الحسن عليهما السّلام بالنداء فى الناس أنّه لا جماعه فى نوافل رمضان (۲).

و بهذا المضمون و غيره الدالّ على عدم مشروعيّه الجماعه فيها؛ الأخبار

۱- جواهر الکلام: ۱۹/ ۳۰۰ و ۳۰۱.

۲- وسائل الشيعه: ۸/ ۴۶ الحديث ۱۰۰۶۳.

مستفیضه (۱) مضافا إلی صحّه کلّ منها.

و إنّما الإشکال فی غیرها من النوافل، و الأقوی فیها أیضا عدم المشروعیّه سوی ما استثنی منها، و ذلک لما ادّعی من الإجماع فی «المنتهی» قال: إنّ عدم جواز الجماعه فی النوافل عدا صلاه الاستسقاء و العیدین هو مذهب علمائنا أجمع، و استدلّ علیه بما فی صحیحه الفضلاء: زراره و محمّد بن مسلم و الفضیل عن الصادق علیه السّلام (۲).

و لکن لا یخفی ما فی استدلاله، و لما روی إسحاق بن عمّار عن أبی الحسن علیه السّلام؛ و سماعه بن مهران عن أبی عبد اللّه علیه السّلام أنّ النبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلّم قال: «إنّ هذه الصلاه نافله و لن یجتمع للنافله» (۳).

و إبراهیم بن هاشم (۴)، عن سلیم بن قیس الهلالی عن أمیر المؤمنین علیه السّلام قال للحسن علیه السّلام: «و أعلمهم أنّ اجتماعهم فی النوافل بدعه» (۵).

و عن «الخصال» فی حدیث شرائع الدین: «و لا یصلّی التطوّع فی جماعه قال: «ذلک بدعه» (۶).

و عن الرضا علیه السّلام فی کتابه إلی المأمون: «لا یجوز أن یصلّی تطوّع فی جماعه، فإنّ ذلک بدعه، و کلّ بدعه ضلاله» (۷).

۱- وسائل الشیعه: ۸/ ۴۵ الباب ۱۰ من أبواب نافله شهر رمضان.

۲- وسائل الشیعه: ۸/ ۴۵ الحدیث ۱۰۰۶۲، منتهی المطلب: ۱/ ۳۶۴.

۳- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۲ الحدیث ۱۰۰۴۰.

۴- فی المصدر: إبراهیم بن عثمان.

۵- وسائل الشیعه: ۸/ ۴۶ الحدیث ۱۰۰۶۵.

۶- الخصال: ۶۰۶ الحدیث ۹، و فیه: «لأنّ ذلک بدلا من: قال: ذلک».

۷- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۳۵ الحدیث ۸۳۰.

و عن محمّد بن سليمان قال: إنّ عدّه من أصحابنا أجمعوا على هذا الحديث، منهم يونس بن عبد الرحمن، عن عبد اللّه بن سنان، عن أبى عبد اللّه عليه السّلام.

و صباح الحذّاء، عن إسحاق بن عمّار، عن أبى الحسن عليه السّلام.

و سماعه بن مهران، عن أبى عبد اللّه عليه السّلام.

قال: سألت الرضا عليه السّلام عن هذا الحديث و أخبرنى به- و متن الروايه عنه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم-: «إنّ هذه الصلاه نافله و لن يجتمع للنافله» .. إلى أن قال: «و اعلموا أنّه لا جماعه فى نافله» (۱) و غير ذلك من الأخبار (۲).

فحينئذ؛ لا يبقى شكّ (۳) فى عدم مشروعيّه الجماعه فى النافله، مضافا إلى أنّ الأصل يكفى فيها مع عدم إطلاق فى البين ظاهرا، و اللّه العالم.

الرابع: صلاه الغدير؛ فقد قيل بخروجها عن الحكم الكلّى المزبور، بل لا يبعد دعوى الشهره فيها، كما عن الأردبيلى (۴)، بل عن «إيضاح النافع» أنّ عمل الشيعه عليه (۵)، و الأصل فى ذلك لا يبعد أن يكون المرسل الّذى نقله فى «التذكره» عن أبى الصلاح (۶).

۱- وسائل الشيعه: ۸/ ۳۲ الحديث ۱۰۰۴۰.

۲- وسائل الشيعه: ۸/ ۴۵ الباب ۱۰ من أبواب نافله شهر رمضان.

۳- و العجب من صاحب «المدارك» رحمه اللّه مع أنّ مذهبه فى الأصول معلوم، مال فى هذه المسأله إلى الجواز (مدارك الأحكام: ۴/ ۳۱۵)، نظرا إلى ما يشعر به كلام «الذكرى» (ذكرى الشيعه: ۴/ ۳۸۳) من وجود القائل به، و إلى الروايتين اللتين مضافا إلى ظهورهما فى التقيّه و يشمله ثانيهما على ما هو خلاف المتسالم عندهم، معرض عنهما، فراجع، «منه رحمه اللّه».

۴- مجمع الفائده و البرهان: ۳/ ۲۴۳.

۵- لم نقف على هذا الكتاب.

۶- الكافى فى الفقه: ۱۶۰، تذكره الفقهاء: ۲/ ۲۸۵.

و لکن لمّـا لم تثبت المرسله لنـا، فحینئـذ لاـ یبقی لنا دلیل سوی عمل المشـهور و ما ادّعی من مسأله التسامـح فی أدلّه السـنن، و کلاهما لا ینفع شیئا فی المقام.

أمّا الأوّل؛ فلما هو المسلّم من أنّ الشهره فی حدّ نفسها لیست دلیلا، و إنّما تصلح للجابریّه، مع أنّه لم یثبت لنا مجبور.

و أمّا مرسل أبی الصـلاح الّـذی احتملنا کونه مدرکا للمشـهور؛ فیمکن أن یکون ما هو المنقول عن النبیّ صـلّی اللّه علیه و آله و سلم فی یوم الغـدیر من صـلاته بالناس رکعتین، بعـد أمرهم الاجتماع (۱)، مع أنّه یحتمـل أن یکون هو صـلاه الظهر الفریضه، لا نافله یوم الغدیر، بل هو الأقرب، حیث إنّ اجتماع الناس إلی قبل الظهر بعد النداء من طرفه صـلّی اللّه علیه و آله و سلم مع التفرقه الکثیره الّتی کانت بینهم بعید جدّا.

و أمّا الثانی: فلأنّ مورد قاعـده التسامح إنّما یکون إذا کان الشکّ فی مشـروعیّه العباده فقط، بحیث یحتمل عدم طلب الشارع له، فحینئذ ببرکه القاعده یثبت الطلب و الإحراز.

و أمّـا فیما لم یکن کـذلک، بل یثبت مبغوضـیّه الفعل و إحراز حاله ذاتا، کما فی المقام، حیث دلّت الأخبار المتقـدّمه علی کون النافله مطلقا بدعه و ضـلاله (۲)، فالقاعـده لاـ تثمر؛ إذ لاـ ترفع الحکم الأـوّلی الثابت للـذات، بل تحتاج إلی دلیل خاصّ یتکفّل ذلک، فیصیر بیانا للحکم الثانویّ لها، کما یکون کذلک بالنسبه إلی بعض النوافل ستأتی الإشاره إلیها.

فعلی هذا؛ الاحتیاط قویّا ترک صلاه الغدیر [جماعه] و اللّه العالم.

۱- الکافی فی الفقه: ۱۶۰.

۲- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۳۳ الباب ۲۰ من أبواب صلاه الجماعه.

الجماعه فی صلاه العیدین

الخامس: صلاه العیدین، ففیهما أوّلا بحث من جهه کونهما فرضا طرأ علیهما النفل، أو کونهما نوعان من جهه زمان الحضور و بسط ید المعصوم علیه السّلام فیجب، و بالنسبه إلی زمان الغیبه و عدم اجتماع الشرائط فیستحبّ.

فمن ذلک یظهر أنّ مشروعیّتهما فی الجمله فی عصر الغیبه ممّا لا إشکال فیه، و إنّما الإشکال فی جواز الإتیان بهما جماعه، فإنّه نسب إلی بعض المنع عنه (۱).

و لکنّ الأقوی؛ مشروعیّته، و ذلک لأنّه مضافا إلی عدم ثبوت الخلاف لنا ممّن نسب إلیه، بل ثبت خلافه، کما سیظهر لک أنّ ما ذکر دلیلا ـ للمنع عنها لا یصلح له؛ إذ لیس هو إلّا جمله من الأخبار الّتی مضمونها أنّه أمر المعصوم علیه السّلام أصحابه و قال لهم: صلّ وحدک (۲)، و هذا یحتمل فیه وجهان: فإمّا [أن] یکون المراد من الوحده فی مقابل الجماعه المشروعه، أی الصلاه مع المعصوم علیه السّلام و الإمام الحقّ، و إمّا أن یکون المراد من الوحده الفرادی.

و المعنی الثانی و إن کان أظهر، إلّا أنّه لا ـ محیص عن رفع الید عنه و حملها علی الأوّل، لما ورد من الأخبار الّتی نصّت علی مشروعیّتها جماعه و فرادی (۳)، و لا یمکن حملها علی الجماعه الّتی اجتمعت فیها شرائط الوجوب أی مع

۱- مفتاح الکرامه: ۳/ ۱۹۶.

۲- انظر! وسائل الشیعه: ۷/ ۴۲۴ الباب ۳ من أبواب صلاه العید.

۳- وسائل الشیعه: ۷/ ۴۲۴ الباب ۳، من أبواب صلاه العید.

الإمام علیه السّلام، لورودها فی العصر الّذی لم یکن المعصوم علیه السّلام فیه مبسوط الید.

منهـا: ما رواه فی «الإقبال» عن محمّـد بن أبی قرّه، بإسـناده إلی الصادق علیه السّـلام أنّه سـئل عن صـلاه الأضـحی و الفطر فقال: «صلّهما رکعتین فی جماعه و غیر جماعه» (۱).

و منها: مرسل ابن مغیره مضمونه کسابقه (۲).

و أمّا جعل موثّقه عمّار الّتی هی أنّه سئل: هل یؤمّ الرجل بأهله؟ فقال: «لا یؤمّ لهنّ و لا یخرجن» (۳).

و هکذا موثّق سـماعه: «و إن صلّیت وحدک فلا بأس» (۴) معارضا، فالإنصاف أنّهما لا یصـلحان، أمّا الثانی منهما فلما عرفت أنّ بهذا المضمون بل أظهر منها أخبار کثیره (۵)، و لا بدّ من رفع الید عن ظاهرها.

و أمّـا الأـوّل؛ فلأـنّه محمول علی عـدم وجوب صـلاه العیـدین علی النساء، حیث توهّم السائل أنّه إذا لم یجب علیهنّ فی جماعه الرجال فهل یجب علیهنّ ذلک فی بیوتهنّ؟ فأجاب علیه السّلام بعدم وجوب کلیهما علیهنّ، فتأمّل!

هـذا کلّه؛ مضافـا إلی أنّه یظهر من عبـارات جماعه من الأساطین من المتقـدّمین و المتأخّرین کون المسأله إجماعیّه، منهم المفید قدّس سرّه، و العجب أنّه الّذی نسب إلیه المنع قال فی «المقنعه» علی ما حکی عنه: (و للفقهاء من شیعه آل

۱- إقبال الأعمال: ۲۸۵، وسائل الشیعه: ۷/ ۴۲۵ الحدیث ۹۷۵۷.

۲- وسائل الشیعه: ۷/ ۴۲۶ الحدیث ۹۷۵۹.

۳- وسائل الشیعه: ۷/ ۴۷۱ الحدیث ۹۸۸۸، و فیه: لا یؤمّ بهنّ.

۴- وسائل الشیعه: ۷/ ۴۲۲ الحدیث ۹۷۴۷.

۵- وسائل الشیعه: ۷/ ۴۲۱ الباب ۲ من أبواب صلاه العید.

محمّد صلّی اللّه علیه و آله و سلم أن یجمعوا بإخوانهم فی الصلوات الخمس و صلوات الأعیاد و الاستسقاء و الخسوف و الکسوف) (۱).

و منهم ابن إدریس، فعن «السرائر»: أنّ إجماع أصحابنا و هو قولهم بأجمعهم: یستحبّ فی زمان الغیبه لفقهاء الشیعه أن یجمعوا بهم صلوات الأعیاد (۲).

و منهم الراوندی، فعنه أنّه بعد نقل إنکار الجماعه فی صلاه العیدین عن بعض قال: الإمامیّه یصلّون هاتین الصلاتین جماعه، و عملهم حجّه (۳).

ثمّ إنّ هنا فروعا اخر من حیث اعتبار المجانسه بین صلاه المأموم و الإمام قضاء و أداء و فرضا و نفلا فی ما یجوز فیه من النوافل کالعیدین مع صلاه الخسوف و الکسوف و غیر ذلک من الجهات أشار إلیها- دام ظلّه- و لم یعتبرها إلّا فیما کان توافقهما اتّفاقیّا، کالاستسقاء و أحد العیدین، حیث إنّه نادر جدّا أن یجتمع أسبابهما فیشکل شمول الإطلاقات لها، فتدبّر! و اللّه العالم.

ما یدرک به الجماعه

اشاره

البحث الثانی: فی ما یدرک به الجماعه

إدراک الجماعه تاره یبحث من حیث إدراکه أصل الجماعه، و اخری من حیث رکعاتها، أمّا الأوّل: فیدرک الجماعه بإدراک الإمام فی تشهّده الأخیر،

۱- المقنعه: ۸۱۱، حکاه صاحب جواهر الکلام: ۱۱/ ۳۵۰.

۲- السرائر: ۱/ ۳۱۶، مع اختلاف فی الألفاظ.

۳- نقل عنه البحرانی فی الحدائق الناضره: ۱۰/ ۲۱۵.

و كذلك قبل السجده الأخيره، بل السجدتين، إلّا أنّه إشكال فيها من حيث زياده الركن.

و على كلّ حال؛ فحينئذ يكبّر و يدخل فى الصلاه و يتبع الإمام حتّى يفرغ من صلاته فيقيم و يتمّ صلاته من دون تجديد و استيناف تكبيره الإحرام، و ذلك لما دلّت عليه روايات صحاح تبلغ حدّ الاستفاضه (۱) و فى «الجواهر» تعرّض لهذه المسأله فى آخر بحث الجماعه (۲) و نحن أيضا نزيد الكلام فيها فى ما يأتى إن شاء اللّه.

و أمّا الثانى: فى إدراك الركعه؛ الأقوال ثلاثه:

أحدها: ما هو المشهور المنصور، و هو أنّ آخر ما تدرك به الركعه هو قبل رفع الإمام رأسه من الركوع.

ثانيها: إدراك تكبيرته للركوع.

ثالثها: إدراك تسبيحه ركوعه، و منشأها اختلاف الأخبار.

و الأقوى قول المشهور، و الأخبار الدالّه عليه كثيره، منها: ما رواه المشايخ الثلاثه عن الصادق عليه السّلام «إذا أدركت الإمام و قد ركع فكبّرت قبل أن يرفع الإمام رأسه فقد أدركت الركعه، و إن رفع رأسه قبل أن تركع فقد فاتتك الركعه» (۳).

و منها: عنه عليه السّلام أيضا فى الرجل: «إذا أدرك الإمام و هو راكع فكبّر الرجل

۱- وسائل الشيعه: ۸/ ۳۹۲ الباب ۴۹ من أبواب صلاه الجماعه.

۲- جواهر الكلام: ۱۴/ ۵۴.

۳- وسائل الشيعه: ۸/ ۳۸۲ الحديث ۱۰۹۶۳.

و هو مقیم صلبه، ثم رکع قبل أن یرفع الإمام رأسه فقد أدرک الرکعه» (۱) و غیر ذلک من الأخبار (۲)، و دلالتها علی المطلوب واضحه.

و الدلیل علی القول الثانی أیضا أخبار:

الأوّل: صحیحه محمّد بن مسلم، عن الباقر علیه السّلام قال: قال لی: «إن لم تدرک القوم قبل أن یکبّر الإمام للرکعه فلا تدخل معهم فی تلک الرکعه» (۳).

هذا؛ مضافا إلی عدم تعرّضه لمسأله الإدراک و إنّما هو النهی المحمول علی الکراهه من لفظ «القوم» فیه، یستفاد سوقه للنهی عن الدخول معهم فی الصلاه تقیّه؛ لاستلزامه حینئذ فوت القراءه.

الثانی: عنه علیه السّلام أیضا: «إذا لم تدرک تکبیره الرکوع فلا تدخل فی تلک الرکعه» (۴) و هذا أیضا مشترک مع الأوّل فی الجهه الاولی من الکراهه.

الثالث: عنه علیه السّلام أیضا: «لا تعتدّ بالرکعه الّتی لم تشهد تکبیرها مع الإمام» (۵)، و هذا مثلهما محمول علی الکراهه، أو إرشاد إلی عدم الوصول بالرکوع، و احتمال أن یفوت، فهذه التلبیه راویها هو الّذی روی عنه فی الطائفه الاولی أیضا، و بعد أن کان صریحها إدراک الرکعه بما عرفت، فلا محیص عن حمل هذه علی الکراهه و نحوها.

الرابع: صحیح آخر عنه علیه السّلام: «إذا أدرکت التکبیره قبل أن یرکع الإمام فقد

۱- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۸۲ الحدیث ۱۰۹۶۲.

۲- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۸۲ الباب ۴۵ من أبواب صلاه الجماعه.

۳- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۸۱ الحدیث ۱۰۹۵۹.

۴- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۸۲ الحدیث ۱۰۹۶۱.

۵- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۸۱ الحدیث ۱۰۹۶۰.

أدركت الصلاه» (۱).

و هـذا لا ربط له بما نحن فيه، و إنّما هو ينفى عـدم إدراك الصـلاه أصـلا، فهو يعارض بظاهره الأخبار الـدالّه على الجهه الاولى الّتى هى راجحه عليه سندا و دلاله فلا بدّ من رفع اليد ببركتها عن مفهومه.

الخـامس: حسـنه الحلبى الوارده فى الجمعه (۲)، و هى إن كـانت دلالتهـا على مسألتنـا تامّه إلّا أنّه بعـد أن كانت بالمفهوم الّـذى يتوقّف على تماميّه إطلاق المنطوق بمقدّمات الحكمه حتّى تختصّ العلّه بالمذكور فى القضيّه، و معلوم أنّ ظهور تلك الأخبار و دلالتها فى وجود سبب آخر يصير بيانا و يمتنع عن انعقاد الإطلاق.

فعلى هـذا؛ هذه الخمسه لا تصلح لمعارضه الطائفه الاولى دلاله، و مع الغضّ عن ذلك فالمرجّحات السـنديّه فيها أيضا موجوده، من الشـهره الروايتى- كمـا تظهر من روايه «الاحتجـاج» (۳)- و الفتوائى، حيث إنّه لم يعمـل بهـذه الطائفه من القـدماء إلّا الشـيخ قدّس سرّه (۴)، و من حيث العدد و الكثره، فلا مجال لرفع اليد عنها و العمل بها، كما لا يخفى.

و الدليل على القول الثالث روايه «الاحتجاج» عن الحميرى عن مولانا صاحب الزمان- أرواحنا له الفداء- (۵).

۱- وسائل الشيعه: ۸/ ۳۸۱ الحديث ۱۰۹۵۸.

۲- وسائل الشيعه: ۷/ ۳۴۵ الحديث ۹۵۳۶.

۳- الاحتجاج: ۲/ ۳۱۰، وسائل الشيعه: ۸/ ۳۸۳ الحديث ۱۰۹۶۶.

۴- المبسوط: ۱/ ۱۵۸.

۵- الاحتجاج: ۲/ ۳۱۰، وسائل الشيعه: ۸/ ۳۸۳ الحديث ۱۰۹۶۶.

و هو مضافا إلى ما فى أصل سنده- حيث إنّ روايات «الاحتجاج» و إن كانت صحاحا عنده حسبما صرّح به فى أوّل كتابه، من أنها غنيّه عن ذكر سندها (۱)، إلّا أنّها بالنسبه إلينا لا تخرج عن كونها مرسله- أنّ النسبه بينها و بين الطائفه الاولى من قبيل: «إذا خفى الأذان فقصّر» (۲)، و «إذا خفى الجدران فقصّر (۳)» (۴) لمكان أنّ كليهما فى مقام التحديد، غايته أنّ مفاد الاولى أعمّ، و حينئذ لو أخذنا بروايه «الاحتجاج» يوجب طرح الأخبار الاولى مع كثرتها رأسا، إذ المفروض أنه لم يعمل بالحدّ الذى يستفاد منها مع كونها ظاهرا فى النجاسه، و معامله الإطلاق و التقييد إنّما يجرى فى غير مقام، مما لم يكن المطلق الدالّ على الأزيد و الأكثر فى مقام التحديد، حتّى تستلزم تلك المعامله و الجمع طرح أحد الدليلين، و هو المطلق فلا محيص عن جعلها قرينه لهذه الروايه، و رفع اليد عن مفهومها، فتأمّل! و اللّه العالم.

فروع:

الأوّل: لا- ينبغى التأمّل فى أنّ حدّ الركوع الّذى يدرك به الجماعه هو ما لو اجتمع ركوع المأموم مع ركوع الإمام، أى يصل المأموم إلى حدّ الراكع و لم يأخذ الإمام بالرفع فيدركه فيه، و إلّا فلا يصدق الإدراك بأن يصل المأموم إلى حدّ الراكع و الإمام آخذ بالرفع، أو يكون هو فى حال الهوىّ و الإمام فى حال الرفع.

۱- الاحتجاج: ۱/ ۴.

۲- و إن كان فرق بين المقامين من جهه لما تقدّم فى بحث صلاه المسافر من أنّ واقع الشرطين أمر واحد و إنّما يكون الاختلاف فى مراتب الشرطين مفهوما، «منه رحمه اللّه».

۳- أى: من جهه تعدّد الشرط و اتّحاد الجزاء، «منه رحمه اللّه».

۴- وسائل الشيعه: ۸/ ۴۷۰ الباب ۶ من أبواب صلاه المسافر.

و ذلک؛ لأنّه: أوّلا: أنّ الظاهر من الفعل الماضی فی قوله علیه السّلام: «إذا رکع قبل أن یرفع الإمام رأسه» (۱) النسبه التحقیقیّه لا التلبسیّه، و من المعلوم أنّ ذلک لا یصدق إلّا فی الصوره الاولی لا الأخیرین.

و ثانیا: أنّ إدراک الرکوع منصرف عنهما، إذ الظاهر منه هو الرکوع الحقیقی لا ما یجزی عنه فی بعض المواقع کالاضطرار و نحوه، حیث یکتفی ببعض مراتبه.

و بالجمله؛ کون المأموم راکعا فی حال أخذ الإمام فی الرفع لا یصدق أنّه أدرک الإمام راکعا، بمعنی أنّ الدلیل منصرف عنه، ففیما لو کان هو فی حال الهوی و الإمام آخذا فی الرفع؛ الأمر أوضح.

الثانی: المراد بأنّ آخر ما یدرک به الرکعه فی الجماعه أیّ شی ء هل هذا مختصّ بابتداء الصلاه أو مطلق یشمل تمام الرکعات؟ ثمّ إنّه هل هذا حکم تعبّدی فی الرکعه الاولی بحیث یکون لا بدّ من إدراک رکوع الإمام مطلقا علی کلّ حال، و لا یجزی إدراک الإمام قبل الرکوع لو لم یدرکه، أم لا، بل لا موضوعیّه فی البین، و المراد أنّ آخر ما یدرک به الرکعه هو هذه الحاله، فهو لبیان الحدّ، فلو لم یدرک رکوع الإمام و لا قبله فالجماعه غیر مدرکه؟ احتمالات، بل أقوال ثلاثه:

أحدها: أن یکون حکما تعبّدیّا مختصّا بالرکعه الاولی بحیث لو لم یدرک رکوع الإمام فیها و لو أدرکه قبله فلا یتحقّق إدراک الرکعه.

ثانیها: أن یکون تحدیدا لها، بأن یعتبر ذلک لإدراک خصوص الرکعه الاولی، من حیث إنّه آخر ما یدرک به الرکعه الاولی هو حدّ إدراک رکوع الإمام، فهذا هو الحدّ له فلو أدرکه قبله فقد أدرک الرکعه و ما فاته.

۱- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۸۲ الحدیث ۱۰۹۶۲.

ثالثها: أن یکون تحدیدا لمطلق الرکعات لا خصوص الاولی، و هذا هو الحقّ، و علیه المشهور.

فهنا دعویان:

الاولی: أنّه یکفی لإدراک الرکعه إدراک أحد أفعال الإمام إلی أن یرفع رأسه عن رکوع کلّ رکعه فیجزیه إدراکه و لو قبل الرکوع، و الرکوع هو آخر الحدّ لا أن یکون أمرا تعبّدیّا یعتبر مطلقا.

و یدلّ علیها روایات (۱) عن عبد الرحمن بن حجّاج و غیره مضمونها: أنّه سئل عن المعصوم علیه السّلام أنّه کان رجل مصلّیا مع الإمام فمنعه الزحام عن الرکوع معه حتّی سجد هل فاتته الرکعه؟ فأجاب علیه السّلام بأنّه «لا» (۲).

فهذه قرینه علی أنّ المراد بالأخبار الدالّه علی أنّه إذا لم یدرک رکوع الإمام فقد فاتت الرکعه هو التحدید و بیان آخر حدّ یمکن اللحوق بالإمام فی الرکعه، لا أن یکون تعبّدا فی البین.

هذا مع ما علیه الأصحاب فی باب الجمعه و غیرها من أنّ إدراک الرکعه لا یتوقف علی الرکوع، فراجع!

الثانیه: أنّه إذا لم یدرک الإمام فی الرکعه أصلا إلی الرکوع فقد فاتت الرکعه، سواء کان فی الرکعه الاولی أو غیرها، و علیها و إن لم یکن دلیل بالخصوص إلّا أنّ مقتضی الأصل ذلک، حیث إنّه إذا کان المفروض عدم إدراک شی ء من الرکعه مع الإمام فلا دلیل علی إدراک الرکعه و یکفی فی الحکم بالعدم عدم الدلیل.

۱- أوردها فی «الوسائل» فی باب الجمعه ظاهرا، «منه رحمه اللّه».

۲- وسائل الشیعه: ۷/ ۳۳۵ الحدیث ۹۵۱۴، و ۳۳۶ الحدیث ۹۵۱۶.

و أمّا الأدلّه الدالّه على أنّ فوت ركن واحد أو أزيد فى الجماعه فلا يضرّ، فلا ينفع شيئا، لمكان أنّها فيما إذا كانت الركعه مدركه قبل الركن و من غير جهته.

هذا؛ مضافا إلى أنّ مناسبه الحكم و الموضوع من جهه أنّ تسميه الركعه بها لاشتمالها على الركوع يقتضى ذلك، و يصير قرينه على إلغاء خصوصيّه الركعه الاولى فى الأخبار المشتمله عليها، كما فى بعض ما روى عن ابن حجّاج (۱).

فعلى هذا؛ التحقيق ما بنينا عليه، فما فى « [وسيله] النجاه» (۲) من اختصاصه بالركعه الاولى، و كذلك فى «العروه»، لا وجه له (۳).

الثالث: الأقوى عدم بطلان الصلاه فيما إذا ركع بقصد إدراك ركوع الإمام فرفع رأسه و لم يدركه، فهذا و إن لم يحتسب له ركوع إلّا أنّه ليست زياده مبطله، بل ملحقه بزياده الركن الّتى لا يضرّ فى الجماعه.

و ذلك؛ فلعموم أدلّتها و عدم وجود شى ء فيها أنّها تختصّ بالزياده الّتى أدرك الإمام و تحقّق التبعيّه فعلا، بل يكفى قصد الإدراك و التبعيّه، و يؤيّد إطلاقها روايه حفص الوارده فى باب الجمعه فى من لم يدرك الإمام فى سجده الركعه الاولى، و بقى على حاله إلى أن لحقه الإمام لسجود الركعه الثانيه فيجب عليه متابعته حينئذ فى السجود و ينوى بهما للاولى.

و قال عليه السّلام: إنّه «و إن كان لم ينو السجدتين فى الركعه الاولى لم تجز عنه الاولى و [لا] الثانيه، و عليه أن يسجد» (۴) ... إلى آخره، فما حكم عليه السّلام ببطلان

۱- وسائل الشيعه: ۸/ ۳۸۷ الحديث ۱۰۹۷۵.

۲- وسيله النجاه: ۱/ ۲۵۰ المسأله ۱۰.

۳- العروه الوثقى: ۱/ ۷۹۰ المسأله ۲۳.

۴- وسائل الشيعه: ۷/ ۳۳۵ الحديث ۹۵۱۵، مع اختلاف يسير.

الصلاه مع أنّ السجدتین رکن، و المفروض عدم تحقّق التبعیّه فعلا، لمکان وجوبهما علیه ثانیا و إتیان رکعه تامّه بعده، و المسأله و إن کانت خلافیّه إلّا أنّ الروایه معتبره و عمل بها جمع.

مضافا إلی أنه لا إشکال فی أنّه لو رفع المأموم رأسه من الرکوع ساهیا قبل الإمام ثمّ رجع ثانیا، مع أنّ الإمام کان رافعا رأسه فلم یدرکه، هذه الزیاده لا تبطل الصلاه، فهذه أیضا تدلّ علی أنّ المغتفر قصد الإدراک، و بالجمله؛ فما أفتی به فی « [وسیله] النجاه» (۱) من بطلان الصلاه و تبعه فی «العروه» (۲) لا وجه له.

و أمّا الأدلّه و الأخبار المعتبره منها إدراک رکوع الإمام فلا تدلّ علی بطلان الصلاه، بل غایه مدلولها أنّه فاتته الرکعه (۳).

الرابع: فی المسأله السابقه فبناء علی التحقیق من عدم بطلان الصلاه لا إشکال أنّه یجوز للمأموم أن ینفرد حینئذ و یجوز له المتابعه و البقاء علی الجماعه، و علیه فهل یجب علیه متابعه الإمام فی السجدتین أولا، بل یتعیّن علیه التوقّف حتّی یخلص الإمام من تلک الرکعه فیتبعه فی الرکعه اللاحقه؟

الّذی یظهر من عبارات بعض أساطین الفقهاء کالعلّامه قدّس سرّه الأوّل (۴)، نظرا إلی عموم «فارکعوا حین یرکع و اسجدوا إذا سجد» (۵).

و فیه- مع الغضّ عمّا فی سند الدلیل المزبور- أنّه: لا یدلّ- کما سیأتی

۱- وسیله النجاه: ۱/ ۲۵۵ المسأله ۱۲.

۲- العروه الوثقی: ۱/ ۷۸۶ المسأله ۱۰.

۳- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۹۰ الباب ۴۸ من أبواب صلاه الجماعه.

۴- تذکره الفقهاء: ۴/ ۳۴۵.

۵- سنن ابن ماجه: ۱/ ۲۷۶.

توضیحه- علی ما ذکر، حیث إنّه لیس مشرّعا للرکوع و السجود، بل هو فی مقام بیان تشریع التبعیّه و حکمها، و أنّ ما یجب علی المأموم من إجراء صلاته فعلیه الإتیان بها تابعا للإمام، لا أنّه یجب علیه ذلک، و لو لم یکن علی نفسه شی ء کما فی المقام.

و علی هذا؛ فیتعیّن الوجه الثانی؛ لعدم الدلیل علی جواز الاتّباع و الإتیان بالرکن الزائد اختیارا، و لذلک لا یجب متابعه الإمام فیما إذا ابتدأ المأموم فی صلاته المغرب بعشائه فی الرکعه الأخیره منها بلا إشکال.

و بالجمله؛ الأخبار الدالّه علی أنّه یسجد مع الإمام السجدتین، إذا أدرکه بعد الرکوع (۱) إنما هی لبیان درک فضل الجماعه و یحمل علی الاستحباب، جمعا بینها و بین الطائفه الاخری الدالّه علی لزوم الوقوف فی حال القیام، و عدم السجود مع الإمام، کما یأتی تفصیل ذلک فی محلّه إن شاء اللّه.

مضافا؛ إلی أنّه علی فرض الالتزام بلزوم المتابعه أو رجحانها بالنسبه إلی السجدتین، فسیأتی أنّه لا دلیل علی بطلان الصلاه بذلک، و أنّ الأخبار الّتی مفادها أنّه (فاسجد مع الإمام لا تعتدّ بها) (۲)، فهی لا تدلّ إلّا علی أنّه لا تعتدّ بالسجود و الرکعه، و علی فرض القول بالبطلان بها أو بالخروج عن الصلاه لمتابعته فی السلام، فلیس ذلک دلیلا علی عدم مشروعیّه الایتمام، و عدم جواز تکبیره الإحرام بعد ورود الأمر بها، لأنّه یمکن أن یکون ذلک من باب اعتبار التکبیره للدخول، و لو فی جزء من الصلاه کما اعتبر فی أصلها، کما لا یخفی، و اللّه العالم.

۱- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۹۲ الباب ۴۹ من أبواب صلاه الجماعه.

۲- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۹۲ الباب ۴۹ من أبواب صلاه الجماعه.

الخامس: لا إشكال فى أنّه يجوز الدخول فى الجماعه فى أىّ حال مطلقا، سواء احتمل أنّه يدرك الإمام فعلا أم لا، بل مع القطع بالعدم لأنّه لو لم يدركه فى الحال فله أن يصبر فيلحقه فى الركعه الآتيه، و له أن ينفرد و لا محذور فى شى ء من ذلك أصلا، فلا يحتاج إلى إجراء أصل و نحوه، حتّى يحرز بقاء الإمام على حاله الّذى يكون عليه.

فعلى هذا؛ عنوان المسأله بأنّه هل يجوز الاقتداء و يمكن إحراز البقاء بالأصل أم لا؟ كما فى بعض العبارات، لا وجه له، بل العنوان أنّه هل يجوز أن يؤتى بالركوع بقصد التبعيّه مع عدم العلم بالإدراك؟ و هل يصحّ إحراز ذلك باستصحاب بقاء الإمام على حاله حتّى يلحقه المأموم كما ببركته يحكم ببقائه على صفاته المعتبره فيه إلى أن يتمّ الصلاه، بل به يحكم على بقاء مطلق الامور فى الزمان المستقبل ممّا لا يمكن إحرازه بالوجدان، لعدم خلوّها عن الحوادث من الموانع الّتى بها يمكن زوال الوصف، أم لا يصحّ ذلك فى خصوص المقام؟ قد استشكل فيه شيخنا قدّس سرّه نظرا إلى أنّه و إن قلنا بقيام بعض الاصول و الأمارات مقام العلم الطريقى، و لكن إنّما يكون ذلك فيما إذا لم يعتبر الإحراز الوجدانى (۱).

و بعباره اخرى: الاطمينان و الاستصحاب و إن كان من الاصول المحرزه إلّا أنّه لمّا لا يحصل الاطمينان فلا يترتّب الأثر الشرعى عليه فى المقام، و سيأتى سرّ ذلك، و تنقيح هذه المسأله فى الفرع الآتى و اللّه المؤيّد.

۱- كتاب الصلاه للشيخ الأنصارى: ۷/ ۳۳۱.

الشكّ فی إدراک رکوع الإمام

السادس: إذا رکع المأموم و شکّ فی إدراکه رکوع الإمام، بأن لم یرفع رأسه قبله، فهل یصحّ الحکم بإدراکه بالأصل، بأن یستصحب بقاء الإمام راکعا، أم لا؟ فقد یجعل مبنی المسأله علی مسأله استصحاب مجهول التأریخ و معلومه، و سنشیر إلی وجهه.

و علی کلّ تقدیر؛ جریان الأصل فی المقام و عدمه یقتضی بیان ضابطه جریان الاستصحاب فی الحادثین المجتمعین فی الوجود فیترتّب علیه الأثر الشرعی بحیث لا یلزم مثبت.

فنقول: کلّما کان الأثر الشرعی لنفس اجتماع حادثین فی الزمان عنایه اخری، کما لو فرضنا فی المقام بأن یکون الحکم مترتّبا علی حصول رکوع المأموم فی زمان حصول رکوع الإمام، فحینئذ لو احرز أحدهما بالوجدان و شکّ فی الآخر من حیث حدوثه و اجتماعه معه و عدمه، فهنا یحکم به بالأصل و تکون المسأله من صغریات الموضوعات المرکّبه الّتی أحرز أحد جزأیها بالأصل و الآخر بالوجدان، کما حکموا به فی مسأله العلم بإسلام الوارث مع الشکّ فی موت مورّثه قبله أو بعده، لکون الأثر مترتّبا علی الإسلام فی زمان حیاه المورّث.

و کلّما کان الأثر مترتّبا علی حال من أحوال أحد الحادثین عند حادث آخر و لم یکن صرف الاجتماع فی الوجود، بأن اخذ أحد العنوانین نعتا للآخر، کما یمکن ذلک فی العرض و محلّه، لا فی الجوهرین و لا فی العرضین موضوع کلّ منهما غیر الآخر، بل فی مثلهما المعقول هو الشقّ الأوّل حسبما أوضحناه فی محلّه.

و کیف کـان؛ فی هـذا القسم الاستصـحاب لاـ مجری له، کما لو فرضـنا أن یکون المقام من هـذا القبیل بأن اعتبر رکوع المأموم حال رکوع الإمام، أو یتحقّق رکوعه قبل أن یرفع رأسه، فهنا ترتّب الأثر لمّا کان یتوقّف علی إحراز العنوان المأخوذ فی الدلیل و الأصـل- أی استصـحاب بقاء رکوع الإمام- لا یحرز ذلک؛ لکونه أمرا عقلیّا إلّا بناء علی المثبت، فلـذلک الأصل لا سبیل إلیه إلّا أن یجعل العنوان المأخوذ کنایه عن الاجتماع فی الوجود، و لا یکون له خصوصیّه، و یدخل فی القسم الأوّل، و علی هذا، یمکن إدراک المسأله فی معلوم التأریخ و مجهوله.

توضـیح ذلک: أنّه إذا فرضنا أن یکون وقت رکوع الإمام معلوما بأنّه فی الثانیه الفلانیّه؛ فحینئذ إذا شکّ المأموم فی تحقّق رکوع نفسه قبـل رفع الإمـام رأسه من الرکوع، فلمّـا کـان هو معلومـا حـاله و لاـ مجری للأصل فیه و الطرف الآخر مشکوک من حیث لحوق المأموم به و عدمه، فالأصل یجری فیه و یحکم بعدم الإدراک لأصاله عدم تحقّق رکوع المأموم قبل رفع الإمام رأسه.

و لو کان الأمر بالعکس فالحکم کذلک، بأن کان زمان رکوع نفسه معلوما و رکوع الإمام مجهولا، فهنا بأصاله بقاء رکوع الإمام یحکم بـاللحوق و إدراک المأموم رکوعه، و لو کان زمان کلیهما مجهولا فیتعارض الأصـلان، أو لا یجریان رأسا، علی الخلاف فی المسأله.

و لکن کلّ ذلک بناء علی إلغاء خصوصـیّه القبلیّه و نحوها من العنوان المأخوذ فی الدلیل و جعله کنایه عن الاجتماع فی الوجود فقط، و إلّا فهذا التفصیل أیضا لا یثمر شیئا، إذ بالأصل علی کلّ حال لا یثبت العنوان و هو القبلیّه، کما لا یخفی.

ثمّ إنّ هذا التفصيل بعينه يجرى فى الفرع السابق أيضا فى جواز الإتيان بالركوع بقصد التبعيّه، كما بنى عليه شيخنا قدّس سرّه فى بعض كلماته (۱)، فلو بنى على إلغاء خصوصيّه العنوان ففيه: الأصل ينفع؛ لجواز التبعيّه مع الشكّ فى الإدراك إذا لم يكن حدّ ركوع الإمام معلوما حتّى يصير زمان رفع رأسه معلوما، و إلّا فيصير نتيجه الأصل بالعكس، حيث إنّه إذ كان حدّ ركوع الإمام معلوما و ركوع نفسه مشكوكا، فلا بدّ أن يجرى أصاله عدم اللحوق فيعمل بمقتضاه، هذا هو أساس الأمر فى كلا الفرعين.

إذا تبيّن ذلك فنقول: الحقّ عدم جريان الأصل فى كلا المقامين، أما فى الأوّل؛ فلأنّه مضافا إلى أنّه استصحاب فى المستقبل و هو لا يخلو عن الإشكال كما يظهر من بعض كلمات «الجواهر» (۲) لانصراف أدلّته إلى ما يكون متعلّق الشكّ و اليقين موجودا فى الحال أو لا، قد عرفت أنّ جريان الأصل مبنىّ على إلغاء قيد الخصوصيّه، و جعل عنوان القبليّه المأخوذ فى الأدلّه كنايه عن صرف الاجتماع فى الوجود و هو خلاف الظاهر، فلا سبيل إليه، و إلّا فيجرى ذلك فى مطلق العناوين المأخوذه فى أدلّه الأحكام، فبهذه المئونه يلغى كلّها عن الموضوعيّه.

و ثانيا: مع الغضّ عن ذلك أنّ الأصل المذكور لا يثمر شيئا؛ لمكان أنّ جواز الاقتداء و الإتيان بالركوع بقصد التبعيّه يتوقّف على إحراز الإدراك و هو لا يحرزه.

۱- كتاب الصلاه للشيخ الأنصارى: ۷/ ۳۳۳ و ۳۳۴.

۲- جواهر الكلام: ۱۲/ ۳۲۵.

و بعباره اخرى: كما أنّ أصل الصلاه يتوقّف على الجزم فى النيّه بالنسبه إلى الامور الّتى تحت اختيار المكلّف، فهكذا فى أجزائها، فما لم يجزم بها يشكل جواز الإتيان بها، بمعنى أنّ المسأله تدخل فى جواز الإتيان بامتثال الاحتمال مع إمكان الامتثال العلمى.

و بالجمله؛ أصل جواز الاقتداء فى كلّ حال لا ربط له بمسأله قصد المتابعه فى جزء مع الشكّ فى تحقّقها، و عدم إحراز الإدراك، و الأصل لا ينفع فى ذلك لأنّه إنّما يجرى فى أمثال المقام فى ما لا يمكن إحرازه وجدانا، بمعنى أنّها خارجه عن اختيار الشخص، و أمّا فى ما هو باختياره، و داخله فى موضوع النيّه و ما يعتبر فيه الجزم، فلا محيص عن تحصيل الاطمئنان.

و من ذلك؛ ظهر أنّه لا يمكن أن يقال: لمّا لا يضرّ هذا الركوع و لو لم يحصل الإدراك لما بنيتم أنّه زياده مغتفره، فلا مانع عن الإتيان به و لو بقصد المتابعه، لأنّ ذلك إنّما يثمر فيما إذا دخل و أتى بالركوع على وجه مشروع و اتّفق عدم الإدراك، و الإشكال فى المقام فى أصل مشروعيّه الإتيان به من الأوّل، فتأمّل فى ما ذكرنا حتّى يظهر لك ما فى ما أفاده الشيخ قدّس سرّه فى المقام (۱)، و الظاهر؛ إنّ ما سلكنا هو ما عليه المشهور، و اللّه العالم.

شرائط الجماعه

اشاره

البحث الثالث: فى شرائط الجماعه، و هى بين أمرين و قسمين:

أحدهما: ما يرجع إلى الشرط العرفى فى أصل تحقّق كلّ اجتماع و صدقه،

۱- المبسوط: ۱/ ۱۵۹.

بحیث یکون تصرّف الشارع حینئذ من باب التحدید و تعیین أحد مصادیق ما هو المعتبر عند العرف فی الجمله، و هو أمران: الاجتماع و عدم البعد بین الإمام و المأموم زائدا علی المقدار المعیّن، و عدم وجود الحاجب.

ثانیهما: ما یکون شرطا شرعیّا و تعبّدیا محضا کعدم انخفاض مکان الإمام عن المأمومین.

أمّا القسم الأوّل:

فالأوّل من الشرطین- و هو عدم وجود الحائل بین الإمام و المأموم

اشاره

إذا کان من الرجال- هو أن لا یکون بینهما ما یمنع عن المشاهده غیر الصفوف فی سائر الحالات، و الجامع عدم وجود الستره المانعه عن المشاهده.

و الأصل فیه- مضافا إلی الإجماعات المنقوله البالغه إلی حدّ الاستفاضه فی المسأله:- صحیحه زراره عن أبی جعفر علیه السّلام ففیها: «إن صلّی قوم و بینهم و بین الإمام ما لا یتخطّی فلیس ذلک الإمام لهم بإمام، و أیّ صفّ کان أهله یصلّون بصلاه إمام و بینهم و بین الصفّ الّذی یتقدّمهم قدر ما لا یتخطّی فلیس تلک لهم بصلاه، و إن کان بینهم ستره أو جدار، فلیس تلک لهم بصلاه إلّا من کان بحیال الباب» و قال: «و هذه المقاصیر لم یکن فی زمان أحد من الناس و إنّما أحدثها الجبّارون، و لیس لمن صلّی خلفها یقتدی (۱) بصلاه من فیها صلاه» (۲).

و دلالتها علی المطلوب- و هو اعتبار عدم الحائل المانع عن المشاهده- واضحه؛ لأنّ المراد من الستره و الجدار فیها لیس إلّا بیانا للمثال، و المقصود من

۱- فی من لا یحضره الفقیه: مقتدیا.

۲- من لا یحضره الفقیه: ۱/ ۲۵۳ الحدیث ۱۱۴۴، وسائل الشیعه: ۸/ ۴۱۰ الحدیث ۱۱۰۳۹ و ۴۰۷ الحدیث ۱۱۰۳۳.

ذكرهما أنّه كلّ ما يكون موجبا لتحقّق الستر بين الإمام و المأموم.

و من المعلوم؛ أنّ صدق الستر و الجدار لا يتحقّق إلّا بأن يكون الحائل يمنع عن المشاهده، فلو لم يكن كذلك مثل الحائط القصير، كما لو كان ارتفاعه بمقدار الشبر فلا يصدق عليه أنّ بينهما ستره أو جدار، و المراد من «المقصوره الّتى أحدثها الجبّارون» هو الحجره الّتى كانوا يبنون مكان المحراب، و كان له باب من خارج المسجد على وجه لا يحتاج الإمام للدخول فيه بالدخول فى المسجد و إن كان له باب آخر فى المسجد أيضا.

و قوله عليه السّلام: «إلّا من كان بحيال الباب» يحتمل أن يكون المراد منه باب المقصوره فيكون توطئه لقوله عليه السّلام: «و هذه المقاصير» .. إلى آخره.

و يحتمل أن يكون المراد منه باب المسجد الّذى يصلّى فيه الإمام، و هذا أظهر، كما سيأتى توضيح ذلك إن شاء اللّه.

ثمّ إنّ هذا أصل موضوع الشرط، و يتفرّع عليه امور نذكرها فى طىّ

مسائل:

الاولى: أنّه قد عرفت لا إشكال [فى] أنّه لو كان بين الإمام و المأموم حائل يمنع المشاهده رأسا تبطل الصلاه

حينئذ، و أمّا لو كان على نحو يمنع عن المشاهده فى بعض الحالات كحاله الجلوس أو القيام فقط، فقد يقال بأنّه لا يضرّ نظرا إلى أنّ المراد صدق الحائل على وجه الكلّى.

و فيه: أنّه قد علّق الحكم بعدم كون الصلاه صلاه يكون بينهما ساتر على نحو صرف الوجود.

و بعباره اخرى: المستفاد من الروايه اعتبار عدم الساتر بين الإمام

و المـأموم فی صـحّه صـلاه المـأموم جمـاعه علی نحو السـالبه الکلیّه، و من المعلوم أنّه یکفی فی رفع ذلک تحقّق الستر و لو فی بعض الحالات؛ لصدق تحقّق الساتر بین الإمام و المأموم، کما لا یخفی.

اللهمّ إلّا أن یقال: إنّ قوله فی الروایه: «إن کان بینهم ستره أو جدار» عطف علی قوله: «و کان بینهم قدر ما لا یتخطّی» فیصـیر من قبیـل الحال، و المعنی یصـیر حینئـذ: أنّه إن صـلّی قوم و کان بینهم و بین الإمام ستره أو جـدار، و کلّ شـی ء کان مفیـدا لحکایه الحال یدلّ علی اقتران الحال مع الفعل الّذی کان هذا الحال حالا له علی نحو الاستیعاب، کما سـیجی ء ذلک بالنسـبه إلی مسأله ما لا یتخطّی.

فعلی هـذا؛ فلو کـان الحائـل مانعـا فی بعض الحالات لاـ یضـرّ إلّـا علی نحو یلحق بالعـدم، بحیث کـان مانعـا بالنسبه إلی معظم الحالات، و أمّا فی مثل حال الجلوس فقط و نحوه فلا، و لعلّ ذلک منشأ ذهاب المعظم إلی عدم مضرّیّه الحائل فی هذه الحاله.

نعم؛ و لو لم نقل بـذلک، و بنینا علی الأوّل: إذا کان الحائل علی نحو یمنع عن المشاهـده فی خصوص حال السـجود، بأن یکون ارتفاعه بمقدار شبر أو أنقص، فلا یکون مشـمولا للروایه، لعدم صدق الجدار و الحائل، و إن صدق أنّ بینهما شی ء، و بعد عدم شمول الروایه لمثله فلا بدّ من الالتزام بعدم کونه مانعا لو کان لنا عموم فی باب الجماعه و أمکن الرجوع إلیه.

و لکن قد تقدّم فی صدر الباب أنّه لیس لنا عموم قابلا لرفع الشکّ إذا شکّ فی اعتبار شی ء لانعقاد الجماعه عرفا أو شرعا، و لا إشکال فی ثبوت الشکّ فی اعتبار أمثال هذه الأمور، فلا بدّ من الرجوع إلی الأصول العملیّه، و مقتضاها فی

أمثال المقام الاحتياط لا البراءه.

ضروره أنّ صلاه الجماعه فرد من الصلوات الواجبه عينا، فإذا شكّ فی اعتبار شی ء فیها، فمرجع ذلک إلی الشکّ فی المحصّل لا إلی الأقلّ و الأکثر الارتباطیّین حتّی یرجع إلی البراءه، کما لا یخفی.

إذا کان الحائل بحیث لا یمنع عن المشاهده

المسأله الثانیه: إذا کان الحائل مخرّما

مثل الشبابیک و أمثالها، فتاره؛ یکون علی نحو [تکون] فرجه فی غایه الضیق، مثل ما إذا کان من بعض أنواع الحصر و نحوه فإنّ هذا مثل ما لا یکون له الفرج أصلا لصدق الحائل و الستره علیه، کما لا یخفی.

و اخری؛ یکون علی وجه [تکون] فرجه واسعه لا تمنع عن المشاهده، کالشبابیک الموجوده فی الرواقات؛ ففی أمثالها لا ینبغی الریب فی عدم شمول الروایه لها؛ لعدم صدق الساتر و الجدار علیها.

و توهّم إمکان دخوله من جهه قوله فی صدرها: «و إن کان بینه و بین الإمام ما لا یتخطّی» بناء علی أن یکون المراد منه ما لا یمکن أن یتخطّی، سواء کان ذلک لعدم المقتضی- کما إذا کان الفصل لبعد المسافه- أو کان لوجود المانع کالشبابیک المذکوره، مدفوع بأنّ المراد من «ما لا یتخطّی» علی ما سیأتی- لیس عدم التخطّی بل المراد منه ما یقدّر بعدم التخطّی من حیث البعد و المسافه، و یشهد له قوله: «و إن کان بینهم و بین الصفّ الّذی یتقدّمهم بمقدار ما لا یتخطّی» فلا تدلّ الروایه علی حکم مثل الشبابیک و غیرها ممّا لا یمنع عن المشاهده،

فحينئذ يبقى مورد للشكّ فيرجع إلى الأصل.

الثالثه: لو كان الحائل جسما شفّافا

لا يمنع [من] المشاهده مثل الزجاج، فهل يلحق بالجدار و الستره أم لا؟ وجهان: و الأقوى عدم الإلحاق، إذ لا ظهور للروايه فيما يشمله، لعدم صدق الستره و الجدار عليه.

و ابتناء المسأله على كون الإبصار بخروج الشعاع أو الانطباع، فعلى الأوّل لا يكون ساترا، و على الثانى يكون حائلا، لا وجه له، إذ ليست المسائل الشرعيّه مبتنيه على مثل هذه الدقائق الحكميّه، بل إنّما تدور مدار صدق العناوين العرفيّه، و عليها قد عرفت أنّها غير محقّقه.

إلّا أن يقال بأنّ مانعيّه الستر و الحائل ليست لأجل أنّه معه يحجب الإمام عن المأموم، و أنّه لا يطّلع على ما يفعل، بل لأجل كونه موجبا لتعدّد المجلس، و هذا المعنى متحقّق عند تحقّق الحيلوله بمثل الزجاج.

و لكن فيه: أنّ هذا حدس محض لا دليل عليه؛ إذ لا دلاله للروايه عليه، فالإنصاف أنّه أيضا مورد للشكّ، فلا بدّ من الرجوع إلى الأصل و هو الاشتغال كما تقدّم، و لكن يمكن إثبات الأصل اللفظى و إطلاق فى باب الجماعه يرجع إليه عند الشك لتصحيح العباده و إن منعناه سابقا.

توضيح ذلك: إنّ الشكّ فى باب الجماعه و انعقادها إن كان راجعا إلى اعتبار ما يكون شرطا لانعقاد الجماعه عند العرف، بحيث لولاه لصدق الجماعه عرفا، فلا إشكال فى عدم دفع الشكّ بالرجوع إلى الإطلاقات، و إن كان راجعا إلى اعتبار شى ء شرعا و تعبّدا زائدا عمّا عليه العرف، فهذا لا مانع من دفعه بالرجوع إلى ما تقدّم من إطلاق صحيحه زراره المتقدّمه فى أوّل بحث الجماعه

من قوله علیه السّلام فی ذیلها: «و لکنّ الجماعه سنّه فی الصلاه من ترکها رغبه عنها و عن جماعه المؤمنین من غیر علّه فلا صلاه له» (۱). فتأمّل! إذ لا دلاله و لا إطلاق لها من الجهه الّتی نحن فیها، بل الظاهر منها أنّها وردت لمشروعیّه الجماعه فقط.

الرابعه: لا فرق فی الحائل بین أن یکون فی تمام الصلاه أو کان فی بعضها،

فلو کان مع رفعه فی الأثناء فلا تنعقد الجماعه، و کذلک لو لم یکن ابتداءً و حدث فی الأثناء یوجب بطلانها، و ذلک لإطلاق الروایه.

نعم؛ لو دخل فی الجماعه علی وجه المشروعیّه ثمّ حدث الحائل فی الأثناء و إن تبطل الجماعه حینئذ، و لکنّه لا تبطل أصل الصلاه بل یصیر المأموم منفردا قهرا، کما فی سائر المقامات الّتی یتعذّر البقاء [فیها] علی الجماعه.

الخامسه: لا یعتبر فی الحائل المانع عن المشاهده الموجب لعدم تحقّق الجماعه أن یکون غیر إنسان،

لأنّ المدار فی الحائل ما یوجب الستر بین الإمام و المأموم، فلو حصلت الحیلوله بقیام إنسان بینهما علی الوجه المذکور تبطل الجماعه، إلّا أن [یکون] هو أیضا مأموما، کما سیجی ء وجهه.

نعم، لو کان الحائل آدمیّا لا بدّ و أن یکون مستقرّا، فلو حصلت الحیلوله بمجرّد مرور إنسان أو غیره بینهما فلا یضرّ ذلک؛ لعدم صدق المانع، إذ الحائل لا بدّ و أن یکون له الاستقرار عرفا، إلّا إذا صدق الاستقرار حینئذ، کما إذا کان مرور أشخاص متعدّدین بحیث یکونون متّصلین، و لا یکون بینهم فصل أصلا، فیلحق ذلک بالحائل المستقرّ لصدق الستره حینئذ، و لا فرق فی الإنسان الّذی یحصل به الحیلوله بین أن یکون مصلّیا منفردا أو غیر مصلّ رأسا [أصلا]، أو

۱- وسائل الشیعه: ۸/ ۲۸۵ الحدیث ۱۰۶۷۶.

كان مقتديا بذلک الإمام مع علم المأموم ببطلان صلاته، إذ المغتفر فی حیلوله سائر المأمومین فیما إذا كانت جماعته صحیحه، و إلّا فهو كغیره من الساتر، كما لا یخفی.

و أمّا إذا شکّ فی صحّه صلاه الواسطه و أجزاء الصفّ المتقدّم الحائل بینه و بین الإمام، فلا مانع من الحكم بها ببركه أصاله الصحّه، فحینئذ تصحّ صلاته جماعه، و لو كانت صلاته فاسده واقعا، كما ذهب إلیه فی «المسالک» (۱) لما سیأتی فی مسأله بطلان صلاه الإمام واقعا مع عدم علم المأمومین به فإنّه لا یوجب بطلان صلاه المأمومین لعدم كون موضع صحّه الاقتداء إلّا إحراز صحّه صلاه الإمام، ففی ما نحن فیه الأمر أظهر.

و ذلک؛ لأنّ من الأدلّه الدالّه علی عدم مضرّیّه الحیلوله بالمأمومین و أنّ مشاهده من یشاهد الإمام تكفی لصحّه الاقتداء و جوازه؛ یستفاد أنّ كلّ مأموم یشاهد الإمام یقوم مقام الإمام بالنسبه إلی المأموم الآخر الّذی خلفه أو علی یمینه أو شماله، فكما أنّ إحراز كون صلاه الإمام صحیحه یكفی فی انعقاد الجماعه الصحیحه حقیقه و لو كانت فاسده واقعا، و هكذا الحال بالنسبه إلی المأموم الحائل بین الإمام و من خلفه.

و بذلک ظهر اندفاع ما أورده فی «الجواهر» علی «المسالک» قدّس سرّهما بأنّه بعد البناء و تسلیم حصول الحیلوله بحائلیّه المأموم المعلوم فساد صلاته؛ فلا بدّ من الالتزام بعدم الفرق بین العلم بفساد صلاته و عدم العلم به، مع فساده واقعا، كما

۱- مسالک الإفهام: ۱/ ۳۰۵.

إذا ظهر ذلک بعد الصلاه، إذ الحائل بوجوده الواقعی مانع (۱).

وجه الاندفاع ما سمعت من أنّ المأموم المشاهد للإمام لمّا يصير بمنزله نفس الإمام بالنسبه إلى من خلفه فيكون حاله حال الإمام، فتأمّل! فإنّ ذلک الّذی أفاده- دام ظلّه- لا يخلو عن القياس، إذ الاكتفاء بمشاهده من يشاهد الإمام و التنزيل المزبور لا يستلزم التنزيل من الجهه الّتی نحن فيها أيضا، و لا ملازمه عرفا بين الدليل الدالّ على عدم مضرّيّه الحيلوله الحاصله بالمأموم و هذه الجهه أصلا، فالاحتياط لا ينبغی تركه، و اللّه العالم.

أحكام الحائل

المسأله السادسه: لا إشـكال أنّه يكفی فی صحّه الجماعه و عدم صدق الحائل أن يكون المأموم على وجه كان مشاهدا للإمام أو مشاهدا لمن يشاهده

و لو بوسائط متعدّده كثيره، على وجه لو لا الوسائط كان المأموم يشاهد الإمام من أحد الجوانب الثلاثه من المقدّم أو اليمين أو اليسار.

و ذلک: لما تقدّم من أنّ ما جعل مانعا عباره عمّا يكون حائلا بين الإمام و المأموم على وجه يكون مانعا عن المشاهده لو لا احتجاب الإمام عن المأمومين بسبب غيرهم، فحينئذ لا يحصل الحائل فی الصفّ الأوّل المنعقد خلف الإمام، و لو طال عرضا على وجه لا يرى الإمام المأموم الّذی فی آخر الصفّ لطوله، و لكن كان متّصلا بالصفّ على وجه لا يحصل بينه و بينه ما لا يتخطّى، و كذلک بالنسبه إلى الصفّ الثانی إذا كان أطول من الأوّل إذا لم يحجب

۱- جواهر الكلام: ۱۳/ ۱۵۹.

بینه و الإمام غیر الصفّ الأوّل، و هکذا الصفوف اللاحقه إلی أن تخرج من المسجد، و کان الصفّ الواقع فی خارج المسجد بحیال الباب علی وجه یکونون یرون الإمام بلا حائل لو لا الصفوف المتقدّمه علیهم، فالحکم فی جمیع ذلک ممّا لا إشکال فیه عند أحدهم بعد البناء علی أنّ الحیلوله بالمأمومین لا یضرّ إجماعا.

و إنّما الإشکال و الخلاف من جهه اخری، و هی أنّه هل یکفی مشاهده الإمام أو مشاهده من یشاهده من المأمومین و لو بوسائط من کلّ واحد من الجوانب الثلاث و لو بحیث لو لا مشاهدتهم لم یکن یشاهد الإمام أیضا لوجود الحائل، کما إذا کان خلف اسطوانه یشاهد من طرف یمینه أو یساره أو قدّامه من یشاهد الإمام، و کما فی الصفّ المنعقد بحیال باب المسجد بالنسبه إلی من لم یکن من أجزاء هذا الصفّ بحیال الباب، بأن یکون مشاهدا من طرف یمینه أو یساره من هو بحیال الباب فقط، و کما فی الصفّ المنعقد خلف الإمام إذا کان الإمام فی محراب یکون جانباه مستورا بالجدار و له باب واقفا قدّامه منفتحا بحیث لا یراه، إلّا من کان بحیال الباب، أو لا یکفی ذلک، بل لا بدّ و أن یکون بحیث لو لا احتجاب الإمام بالمأمومین لکان مشاهدا له؟ و علیه لا یصحّ من یصلّی بین الاسطوانات لو کانت علی وجه تکون حائلا، و کذا فی المثالین لا یصحّ إلّا صلاه من هو بحیال الباب و مقابله.

فذهب المشهور- علی ما نقل عن کثیر، بل ربما ادّعی الاتّفاق- إلی الأوّل، کما یستفاد ذلک من کثیر عباراتهم المذکوره فی مسأله الاقتداء بإمام کان فی محراب داخل فی المسجد، و فی مسأله من کان یصلّی خارج المسجد بحیال الباب.

ففی «المنتهی» عن العلّامه قدّس سرّه قال: (لو لم یشاهد الإمام و شاهد المأموم صحّت صلاته، و إلّا بطلت صلاه الصفّ الثانی و لا نعرف فیه خلافا) (۱).

و قال فی موضع آخر منه «و التذکره»- و هکذا فی «المسالک» «و المدارک» و غیره-: (لو وقف المأموم خارج المسجد حذاء الباب و هو مفتوح یشاهد المأمومین فی المسجد صحّت صلاته، و صلّی قوم علی یمینه أو شماله أو ورائه صحّت صلاتهم؛ لأنّهم یرون من یری الإمام، و لو وقف بین یدی هذا الصفّ صفّ آخر عن یمین الباب أو یساره بحیث لا یشاهدون من فی المسجد لم تصحّ صلاتهم) (۲).

ثم قال: (و لو لم یکن المأموم فی قبلته، بل علی جانبه، فإن اتّصلت الصفوف به صحّت صلاته و إلّا فلا، ذکره الشیخ فی «المبسوط») (۳)- إلی أن قال-: (التاسع: لا بأس بالوقوف بین الأساطین) (۴).

و ذهب بعض آخر کصاحب «الذخیره» و «الریاض» و جماعه اخری، و تبعهم فی «الجواهر» لو لا الإجماع علی ما ذهب إلیه المشهور (۵).

و ذکر فی وجهه: أنّه لا دلیل علی ما ذهب إلیه المشهور إلّا توهّم کون المراد من قوله علیه السّلام: «إلّا من کان بحیال الباب» بعد قوله علیه السّلام: «إن کان بینهم ستره أو

۱- منتهی المطلب: ۱/ ۳۶۵ ط. ق.

۲- منتهی المطلب: ۱/ ۳۶۵، تذکره الفقهاء: ۴/ ۲۵۸، مسالک الافهام: ۱/ ۳۰۵، مدارک الأحکام: ۴/ ۳۱۸، مجمع الفائده و البرهان: ۳/ ۲۷۷.

۳- منتهی المطلب: ۱/ ۳۶۵، المبسوط: ۱/ ۱۵۶.

۴- منتهی المطلب: ۱/ ۳۶۵.

۵- ذخیره المعاد: ۳۹۳، ریاض المسائل: ۳/ ۲۶، کفایه الأحکام: ۳۱، جواهر الکلام: ۱۳/ ۱۶۰.

جدار» (۱) فـذلک لیس لهم بصـلاه هو الصفّ الّذی بحیـال الباب خارج المسـجد مقابل الصفّ المنعقـد علی جانبی الباب من الیمین و الیسار (۲).

و من المعلوم؛ أنّ هـذا الصفّ لا یرون إلّا من یری مشاهـد الإمام من جانبی الیمین و الیسار بحیث لو لا المأمومین کان بین الإمام و المأمومین حائل یمنع المشاهده.

و هذا مدفوع بأنّ ظاهر الصحیحه المتقدّمه حصر الحکم بالصحّه علی خصوص من کان بحیال الباب من الصفّ لا الحکم بصحّه صلاـه الصفّ الّـذی کـان بحیـال الباب، و دعوی کون المراد الحصـر بالإضافه إلی الصفّ السابق علی هـذا الصفّ لا شاهـد لها فحینئذ قوله علیه السّـلام: «إن کان بینهم ستره أو جدار فلیس ذلک لهم بصلاه» (۳) یکون محکّما، و إلّا صحیحه الحلبی الوارده بعدم البأس عن الصلاه جماعه بین الأسطوانتین (۴)، بتقریب أنّ من یقف بین الاسطوانات کثیرا ما لا یشاهد من یشاهد الإمام من طرف قـدّامه، بـل إنّما یشاهـد من یشاهـد الإمام من طرف یمینه أو یساره، بحیث لو لا الاکتفاء بمطلق المشاهـده لکان بینه و بین الإمام حائل و هو الاسطوانه.

و فیه: أنّ الواقف بین الأسـاطین لو کان علی وجه کان بینه و بین الإمام حائل غیر المأمومین، فلا إشـکال فی فساد صـلاته بل هو عین مسألتنا، فحینئذ لا بدّ من أن تحمل الروایه و هکذا کلمات من صرّح بعدم البأس بالوقوف بین

۱- وسائل الشیعه: ۸/ ۴۱۰ الحدیث ۱۱۰۳۹ و ۴۰۷ الحدیث ۱۱۰۳۳.

۲- الحدائق الناضره: ۱۱/ ۹۹ و ۱۰۰.

۳- مرّ آنفا.

۴- وسائل الشیعه: ۸/ ۴۰۸ الحدیث ۱۱۰۳۴.

الأساطين (۱) على ما لا ينافى لعدم حصول الحيلوله بأنّ المراد من الصلاه بين الأساطين البنيه الّتى لا تكون بها حائل، بأن يكون المصلّى متوسّطا بينهما، أى بعضها على يمينه و أخرى على شماله، لا أمامه أو خلفه.

هذا ملخّص ما أفاد ردّا على المشهور، و لكنّه فاسد، فلأنّ حمل قوله عليه السّلام:

«إلّا من كان بحيال الباب» (۲) على خصوص من يكون فى قبال الباب عن بعض الصفّ المنعقد فى حيال الباب لا على مجموع هذا الصفّ، مبنىّ على أن يكون المراد من الحيال خصوص المقابل فى قبال اليمين و اليسار.

مع أنّه لا وجه له أصلا، لأنّه أمّا فى اللغه فقد فسّر بالحذاء، و الحذاء بالإزاء، ثمّ فسّر الإزاء بالحذاء على نحو الدور، فلم يعلم تفسير يتّضح به المعنى.

و أمّا بحسب موارد الاستعمال فمختلف، حيث إنّه قد يستعمل و يراد منه القبال، مثل قوله عليه السّلام فى باب القنوت: «ثمّ يرفع يديه بحيال وجهه» (۳).

و قد يستعمل و يراد منه المقابله لطرف اليمين و اليسار كما فى الخبر الوارد فى باب السجود: «يضع كفّيه فى حيال وجهه» (۴).

و أمّا فى لسان أهل عصرنا هذا فما عثرنا على شى ء فى موارد استعمالاتهم، إلّا استعماله فى مثل الشطّ إذا امتلأ إلى حدّ لو تجاوز عنه فيخرب البنيان فيقال: امتلأ من الماء إلى حياله، فحينئذ لم يتّضح للّفظ معنى مبيّن و لم يستقرّ ظهوره فى معنى المقابل، بل الظاهر منه فى الروايه هو الأعمّ، حيث إنّه

۱- منتهى المطلب: ۱/ ۳۶۵، جواهر الكلام: ۱۳/ ۱۶۰.

۲- مرّ آنفا.

۳- وسائل الشيعه: ۶/ ۲۸۲ الحديث ۷۹۷۲.

۴- وسائل الشيعه: ۶/ ۴۶۱ الحديث ۷۰۷۸.

استعمل فی مقابل من یقف علی جناحی الباب ممّن لا یشاهد من فی المسجد من المأمومین، لا أن یکون المراد خصوص بعض الصفّ المنعقد فی مقابل الباب، و إلّا فلو کان المراد به ذلک فلا معنی لاستثنائه عن قوله علیه السّلام: «و إن کان بینهم ستره أو جدار فلیس تلک بصلاه لهم» (۱) لدخول من کان بحیال الباب عن بعض الصفّ المنعقد فی قباله فی من لا یکون بینه و بین الإمام حائل، فتأمّل!

نعم؛ بناء علی أن یکون استثناء عن قوله علیه السّلام بعد ذلک من حکم المقاصیر و هو قوله علیه السّلام: «و لیس لمن صلّی خلفها مقتدیا بصلاه من فیها صلاه» (۲) بأن یکون المراد استثناء خصوص من کان فی مقابل باب المقصوره دون غیرهم، یتمّ الدعوی.

و لکنّه أوّلا: خلاف الظاهر و بعید جدّا و لا دلیل علی ارتکابه.

و ثانیا: علی فرض تسلیمه إنّما یتمّ لو فرض أنّه کان للمقصوره باب فی ذلک الزمان من المسجد، و قد تقدّم أنّ المعهود منها کون بابها من خارج المسجد و أنّ الإمام کان یدخل فیها منه.

و ذلک لأنّهم أبدعوها مخافه من المأمومین فی المسجد؛ لأن لا یصنع بهم ما اصیب بمولی الموالی علیه السّلام، فکانوا یدخلونها من الخارج بلا أن یراهم المأمومون و کان المکبّر یخبرهم به، کما أنّه رأینا المقاصیر علی هذا الأساس فی الساتر فی مساجد خلفاء بنی العبّاس بعد ما تفحّصنا عنه.

و الحاصل: لا یمکن الاعتماد علی الاستدلال المزبور للحکم المذکور،

۱- مرّ آنفا.

۲- مرّ آنفا.

بل الظاهر الاكتفاء بالمشاهده من أحد الجوانب الثلاثه و لو لمن يشاهد الإمام كذلك، و ذلك؛ لأنّه مضافا إلى ما تقدّم أنّ قوله عليه السّلام: «و إن كان بينهم ستره أو جدار» و فى بعض النسخ بالفاء بدل الواو، يكون ظاهرا فى بيان حكم الحائل على نحو ما بيّن قبله حكم البعد من قوله عليه السّلام: «إن صلّى قوم و بينهم و بين الإمام ما لا يتخطّى فليس ذلك لهم بإمام» (۱) إلى آخره، و يستفاد منه أحكام ثلاثه:

أحدها: عدم البعد بين الإمام و بين من يكون خلفه من الصفّ الأوّل.

ثانيها: اعتبار عدم البعد بين كلّ صفّ و الصفّ السابق عليه بالمقدار المزبور بالإضافه إلى الصفوف اللاحقه، و هما يستفادان من منطوق الروايه.

ثالثها: اعتبار عدم البعد بين المأموم و غيره من المأمومين من طرفى اليمين و اليسار إذا كان بينه و بين الصفّ السابق عليه أزيد ممّا يتخطّى، و هذا يستفاد من لازم الروايه.

و بعباره اخرى: يستفاد من الروايه من جهه اعتبار عدم البعد أنّه يعتبر عدم البعد بمقدار ما لا يتخطّى من جميع الجوانب، و أنّه يكفى الاتّصال بالإمام أو المأموم المقتدى به عن أحد الجوانب الثلاثه، فحينئذ قوله عليه السّلام فى حكم الحائل:

«فإن كان بينهم ستره أو جدار» أيضا يكون تابعا لسابقه، و أنّه لو كان الحائل بين المأموم و الإمام فى الصفّ أو بينه و بين غيره من المأمومين فى الصفوف اللاحقه ما يكون حائلا يمنع المشاهده من جميع الجوانب الثلاثه، فصلاته ليست بصلاه، فيستفاد منه اعتبار عدم الحائل و كفايه المشاهده من إحدى الجوانب.

هذا، مضافا إلى ما ورد من عدم البأس بالصلاه بين الأساطين عن

۱- وسائل الشيعه: ۸/ ۴۱۰ الحديث ۱۱۰۳۹ و ۴۱۱ الحديث ۱۱۰۴۱.

جماعه (۱)، فإنّه بإطلاقه يشمل ما إذا كانت الاسطوانه حائلا بين المأموم و قدّامه، و لكنّه يشاهد الإمام من طرف اليمين أو اليسار.

فتلخّص: أنّ حكم شرطيّه عدم الحائل و مانعيّته و وجود الحائل من الجهه الّتى نحن فيها من حيث الكيفيّه، حكم مانعيّه البعد و كيفيّه اعتبار عدمه، فكما أنّه يكتفى فى صدق عدم البعد تحقّق عدم ما لا يتخطّى من طرف القدّام أو اليمين أو اليسار، و يستفاد ذلك من الروايه مجموع دلالتها المطابقى متضمّنه بالالتزامى، و كذلك بالنسبه إلى عدم الحائل و اعتبار المشاهده؛ يكتفى به عن إحدى الجوانب الثلاثه، كما لا يخفى، و يستفاد هذا من الروايه أيضا.

و ممّا ذكرنا ظهر أنّه أحسن و أجاد ما عنون فى «التذكره» فى حكم من يقتدى خارج باب المسجد بمن فيه، من المسائل الثلاث:

الاولى: من يقتدى خارج باب المسجد إذا كان الباب على خلاف القبله قال: تصحّ صلاته؛ لكونه مشاهدا لمن يشاهد الإمام من طرف قدّامه، و تصحّ صلاه من على جانبيه؛ لكونه يشاهد من يشاهد الإمام و لو بالواسطه من اليمين أو اليسار.

الثانيه: من يقتدى خارج الباب الّذى فى طرف اليمين فإنّه أيضا تصحّ صلاته؛ لكونه مشاهدا لمن يشاهد الإمام من طرف اليسار.

الثالثه: من يقتدى من الخارج من طرف اليسار فهو أيضا تصحّ صلاته؛ لكونه مشاهدا لمن يشاهد الإمام من اليمين، فتأمّل جيّدا! (۲)

۱- منتهى المطلب: ۱/ ۳۶۵، جواهر الكلام: ۱۳/ ۱۶۰.

۲- تذكره الفقهاء: ۴/ ۲۵۸.

المسأله السابعه: من کان فی الصفوف اللاحقه علی وجه کان بینه و بین الإمام بعد یمنع عن الاقتداء

لو لا اتّصاله بالصفّ المتقدّم علیه إذا کان مشاهدا لمن یتّصل به من طرف قدّامه أو یمینه أو یساره، فقد عرفت بأنّه تصحّ صلاته. و لو کان بینه و بین الإمام حائل یمنع المشاهده.

و أمّا لو لم یکن مشاهدا لمن یتّصل به، بل کان بینه و من یتّصل به حائل یمنع المشاهده، و لکن مشاهد للإمام الّذی اقتدی به مع فرض تحقّق البعد بینه و بین الإمام، فهل تکفی هذه المشاهده أیضا، أو تعتبر مشاهده من یتّصل به من المأمومین الّذی کان به ارتفع المنع عن البعد؟

الأقوی الثانی؛ و أنّه لا یکفی مجرّد مشاهده الإمام مطلقا، و ذلک لما عرفت من قوله علیه السّلام فی حکم الحائل: «فإن کان بینه و بین الإمام ستره أو جدار» ..

إلی آخره یکون تابعا فی جمیع ما یعتبر لصدر الروایه و هو قوله علیه السّلام: «إن صلّی قوم و بینهم و بین الإمام قدر ما لا یتخطّی» (۱) فکما أنّه من جهه البعد اعتبر عدم البعد بین المأموم و بین من یتّصل به من أحد الجوانب فی الصفوف اللاحقه، فکذلک مجموع ما فی الصدر قد جمعه فی الذیل فقال علیه السّلام: «إن کان بینهم و بین الإمام ستره أو جدار» فیرجع محصّل مفاد الذیل إلی أنّه یعتبر عدم الحائل علی نحو اعتبار عدم البعد، کما لا یخفی.

و بعباره اخری؛ یستفاد من اعتبار عدم الحائل بجملته مجموع ما ذکر فی بیان حکم ما لا یتخطّی بتلک العباره الّتی بمنزله التفریع علی ما تقدّم، خصوصا علی نسخه ضبطت «بالفاء» أنّه یعتبر عدم الحائل بین المأموم و الإمام أو من

۱- وسائل الشیعه: ۸/ ۴۱۰ الحدیث ۱۱۰۳۹.

یشاهد الإمام من الجهه الّتی کان المأموم متّصلا به بلا واسطه أو مع الواسطه لا مجرّد عدم الحائل مطلقا و لو لا من هذه الجهه، فیکون مسأله عدم البعد و عدم ما لا یتخطّی من قبیل المقدّمه لاعتبار عدم الحائل.

و من هنا ظهر فساد توهّم أنّ کلّا من البعد و الحائل مانع مستقلّ، و لیسا یرجعان إلی أمر واحد، و المفروض فقدهما فی المقام نظرا إلی أنّه یکفی فی رفع الأوّل منهما أن یکون المأموم مشاهدا للإمام أو من یشاهده و هو حاصل فی المقام باعتبار کون المأموم مشاهدا للإمام، و فی رفع الثانی أن یکون المأموم متّصلا بالإمام أو بمن هو بینه و بین الإمام و لو بألف واسطه، و هو أیضا حاصل باعتبار کونه متّصلا بمن یکون بینه و بینه الحائل المفروض، و علی هذا فلا مانع من صحّه الصلاه فی الصوره المفروضه.

وجه الدفع: أنّ المستفاد من الروایه اعتبار عدم الحائل بین المأموم و الإمام أو من یتّصل به بالإمام من الجهه الاتّصالیّه لا مطلقا، و المفروض فی المقام وجود الحائل من تلک الجهه و مشاهده الإمام من غیرها لا یفید شیئا، کما لا یخفی.

الشکّ فی وجود الحائل

الثامنه: إذا شکّ المأموم فی وجود الحائل

فتاره یکون ذلک قبل اشتغاله بالصلاه و قبل الاقتداء، و اخری ما یکون حادثا فی الأثناء، فهل یصحّ علاجه بالأصل أم لا؟

قد یقال: نعم مطلقا إذا کان هنا حاله سابقه عدمیّه، کما یجری الأصل

بالنسبه إلى سائر ما يعتبر فى الصلاه من الشرائط و الموانع إذا كانت له حاله سابقه، مثل الطهاره الّتى كانت متيقّنه سابقا ثمّ شكّ فيها قبل الصلاه أو فى أثنائها فيستصحب بقاءها، و كذا فيما لو كان فى أوّل الدخول فى الصلاه مستقبل القبله و شكّ فى انحرافه عنها فى أثناء الصلاه بلا إشكال فى أنّه يجوز التمسّك بالاستصحاب، و كذلك لو كان فى السابق غير مصاحب لما لا يؤكل لحمه، و شكّ بعد ذلك قبل الشروع فى الصلاه أو فى الأثناء فى طروّ ذلك عليه، فالمقام أيضا كذلك لا مانع من الشكّ بالاستصحاب للحكم بعدم وجود الحائل، سواء كان شكّه فيه قبل الصلاه أو فى أثنائها.

هذا؛ و لكن الظاهر أنّ المقام ليس من قبيل ما ذكر من الأمثله حيث إنّها بنفسها متعلّقه للحكم الشرعى، فإذا احرز لها الحاله السابقه فببركه الأصل أمكن علاج الشكّ فيها بخلاف المقام، فإنّ مسأله الحائل و اعتبار عدمه بين الإمام و المأموم من قبيل العناوين البسيطه الّتى انتزع من المركّب من أمرين، و يكون نظير المسأله السابقه فيما إذا شكّ فى إدراك ركوع الإمام، و قد بيّنّا هناك أنّ جريان الأصل فى أمثالها ممنوع، و أنّه لا مجال لأن يقال: إذا أحرزنا أحد جزأى الموضوع بالوجدان، و الجزء الآخر يحرز بالأصل، فبضمّهما احرز الموضوع بتمامه، لما تقدّم من أنّ ذلك إنّما يجوز إذا كان الجزءان بأنفسهما موضوعا و الأثر يكون لهما لمحض اجتماعهما فى الزمان.

و أمّا لو كان الأثر للعنوان المنتزع عنهما مثل الحال و نحوه فلا يجرى ما ذكر، بل يكون الأصل بالنسبه إليه مثبتا، و هكذا ما نحن فيه، حيث إنّ الأثر ليس لعدم الحائل بين الإمام و المأموم، بل الظاهر من قوله عليه السّلام فى صدر الروايه:

«إن كان [بينهم ستره أو جدار]»- الّذى يكون مسأله الحائل حاله حال عدم البعد، و حكمه يستفاد من الصدر و لا مجال لتوهّم استقلال الثانى و كونه بنفسه متعلّقا للحكم- أنّه لا بدّ و أن تكون الجماعه فى حال عدم الحائل فحينئذ إجراء الأصل فى الحائل، لا ينفع بالنسبه إلى الحاله المذكوره و لا يحرزها.

إلّا أن يقال مثل ما أفاده شيخنا استاد الأساطين قدّس سرّه فى تلك المسأله من أنّ التعبير بالقبليّه و الحاله و أمثالهما من باب سهوله التعبير، و ليس لها خصوصيّه فى الحكم، بل تمام المناط صرف الاجتماع فى الزمان و أنّ منشأ النزاع [فى] تلك العناوين هو متعلّق الحكم.

فعلى هذا؛ لا مضايقه فى إجراء الأصل خصوصا فى مثل التعبير بلفظ الحال، حيث إنّ التعبير به من باب ضيق العباره، و أنّه لا يمكن التعبير بالعنوان الأوّلى- و هو اجتماع الجزءين فى الزمان- بغير لفظ الحال و نحوه، كما هو المستظهر فى المقام أيضا إذ الظاهر من قوله عليه السّلام: «إن كان بينهم» .. إلى آخره هو اجتماع الأمرين فى الزمان، و لا لفظ يحكى عن هذا المعنى غيره.

لا بأس بالحائل بين الإمام و النساء المأمومات

هذا كلّه فى أصل اشتراط عدم الحائل و ما يتفرّع عليه، ثمّ لا ينبغى التأمّل فى أنّه إنّما يجرى بالنسبه إلى الرجال، و أمّا لو كان المأمومون النساء فلا يعتبر الشرط المزبور و لا بأس بالحائل بينهنّ و الإمام، إذا كان رجلا.

و ذلك؛ لأنّه مضافا إلى عدم جريان ما ذكرنا فى مسأله جماعه الرجال بالنسبه إليهم رأسا من أنّه اعتبار هذا الشرط مرجعه إلى اعتبار أمر عرفىّ، بحيث

یوجب الحائل تعدّد المجلس و لا یصدق الجماعه حینئذ، و الشارع فی اعتباره هذا الشرط ما أعمل محض التعبّد، بل أجری ما هو المعتبر عند العرف.

و من المعلوم؛ أنّ ما ذکر إنّما یجری بالنسبه إلی مجالس الرجال و مجامعهم، و أمّا مجامع النساء مع الرجال فلا یعتبر ذلک عند العرف أیضا، بمعنی أنّ وجود الحائل بینهم و بین الرجال لا یضرّ بوحده المجلس، بل بناؤهم علی إیجاده فی المجلس الواحد الّذی یجتمع فیه الرجال و النساء، فلیس ذلک إلّا من جهه ما ذکرنا من أنّ وجود الحائل لا یرفع عنوان وحده المجلس، کما لا یخفی.

فیصیر ذلک قرینه عرفیّه علی اختصاص الأدلّه الّتی یستفاد منها الشرط المزبور بالرجال، حیث إنّ الحکم بتعمیمها من جهه الإجماع علی عدم الاختصاص کلیّا، أو للقطع باشتراک النساء مع الرجال فی کلّ حکم، إنّما یکون إذا لم یکن فی البین قرینه قطعیّه و ما یقرب منها تدلّ علی الاختصاص، و فی المقام لا إشکال أنّ الارتکاز المزبور هو قرینه علی التخصیص، و أنّ قوله علیه السّلام فی الروایه المتقدّمه: «فإن کان بینهم» .. إلی آخره، لا یعمّ النساء، [مع] أنّه دلّت الأدلّه الخاصّه علی عدم اعتبار الشرط المزبور بالنسبه إلی المرأه، و هی الروایه المرسله (۱) المتلقّاه بالقبول عند الأصحاب، و الإجماع المنقول أو المحصّل، حیث لم یظهر فی المسأله خلاف إلّا من الحلّی قدّس سرّه (۲) بناء علی أصله من عدم الاعتناء بأخبار الآحاد مطلقا.

بقی الکلام فی موضوع المسأله و هو: أنّ الحائل بأیّ مقدار منه لا یضرّ؟

۱- وسائل الشیعه: ۸/ ۴۱۰ الحدیث ۱۱۰۳۹.

۲- السرائر: ۱/ ۲۸۹.

الّذی یظهر من کلمات الأصحاب قدّس سرّهم أنّه إذا کان بحیث لا یوجب أن یکون المأمومون أجانب عن الإمام رأسا، بأن یکون الحائل ثخینا جدّا کبعض الجدران الّتی فیها أسطوانه و أمثالها، بل لا بدّ و أن یکون بحیث یکونون مطّلعین- أی المأموم و الإمام- فی الجمله عن حال الآخر، بأن یکون بینهم حائطا صفیقا أو أمرا محدثا کما هو المعمول.

و لقد أجادوا فی ما استظهروا و أفادوا، لأنّ ما ذکرنا فی الاعتبار العرفی لا یستفاد منه اغتفار الحائل أزید من ذلک، کما أنّ المرسله المشار إلیها فیها لفظ «الحائط» و هو غیر الجدران، بل هو مثل الحفاظ الّتی یحدث فی حوالی البساتین غالبا، فالمسأله لا غبار علیها إن شاء اللّه تعالی، و لا مجال لتزلزل [صاحب] «الجواهر» (۱) قدّس سرّه أیضا، و اللّه العالم.

اشتراط عدم البعد بین الإمام و المأموم

اشاره

الثانی من الشرطین اللذین مرجعهما إلی اعتبار أمر عرفی فی الجمله هو مسأله اعتبار عدم البعد بین الإمام و المأموم، أصل الشرط لا إشکال فیه، بل المسأله إجماعیّه فی الجمله، بل الکلام فی تحدیده فإنّها من هذه الجهه من المشکلات، بمعنی أنّها نظیر ما فی مسأله المسافر الّذی یرجع لیومه إلی محلّه أنّه مع وجود الأخبار المعتبره الواضحه الدلاله فیها الأصحاب اضطربوا فی المسأله، و أحالوا تحدید الموضوع إلی العرف، فهکذا فی المقام من أنّه مع وجود

۱- جواهر الکلام: ۱۳/ ۱۶۴- ۱۶۵.

المدرک الصحیح- و هو روایه زراره المتقدّمه (۱) واضحه الدلاله، حیث إنّه حدّد فیها البعد بما لا یتخطّی- الأصحاب کأنّهم أعرضوا عنها و أرجعوا الأمر إلی العرف، مع أنّه لا وجه له و لا عذر لهم فی ذلک.

و أعجب من ذلک تعبیر بعضهم فی المسأله بالاستبعاد، مع أنّه لا محلّ له أصلا؛ ضروره أنّ المقام لیس إلّا کسائر التحدیدات الشرعیّه حسبما تقدّم، و لیس أمرا حادثا غریبا مضافا إلی انسداد باب العلم إلی ملاکات الأحکام بالنسبه إلینا.

و بالجمله؛ الظاهر أنّ نظرهم فی ذلک- أی إرجاع التحدید إلی العرف و عدم التزامهم بما یظهر من الروایه- إلی تحکیم ما فی ذیل الروایه علی بعض النسخ علی صدرها؛ لمکان التعبیر فی الذیل بلفظ «ینبغی» الظاهر فی الاستحباب، فیستفاد منه أنّ ما فی الصدر من أنّه لا یکون بین الإمام و المأموم مقدار ما لا یتخطّی، المراد به کراهه البعد بهذا المقدار، لا أن یکون حکما إلزامیّا.

و لعلّ استبعاد بعض الأعاظم أیضا یرجع إلی ذلک، فاستبعد أن یکون الأمر بالعکس، و یکون الصدر شاهدا علی الذیل، و إلّا فشأنهم من رجوع الاستبعاد إلی أصل تشریع الحکم، کما لا یخفی.

و کیف کان؛ ما ذکروا إنّما یتمّ بناء علی أن تکون معارضه بین الصدر و الذیل، مع أنّه لیس کذلک أصلا.

و ذلک؛ لأنّه أمّا الصدر فهو راجع إلی بیان حکم کلّ من الإمام و المأمومین بأنفسهم، من حیث ما یعتبر بینهم من المقارنه و الاتّصال، و لیس متعرّضا لما بین الصفوف لأمرین:

۱- وسائل الشیعه: ۸/ ۴۱۱ الحدیث ۱۱۰۴۱.

أحـدهما: أنّه قوله عليه السّـلام: «مـا لاـ يتخطّى» من جهه كونه نكره فى سـياق النفى يـدلّ على عـدم إمكـان التخطّى كليّـا و من المعلوم أنّ ذلك يصير أزيد من مقدار ذراع الشاه حيث إنّ الخطى المعموله تكون أزيد من ثلاثه أرباع الذراع- أى مع احتساب محلّ القدمين- فحينئذ ما لا يتخطّى أبدا لا بدّ و أن يكون أزيد من الذراع.

ثانيهما: أنّه لا إشكال فى أنّ الحكم المزبور مرعىّ بالنسبه إلى جميع حالات المأمومين، مع إمامهم الّتى منها حال سجودهم، و لا يعقـل التفكيك بينها، ففى هـذه الحاله أيضا البعـد بين الإمام و المأموم و بين أنفسـهم مغتفر، بمعنى أنّه لو كان بين مسـجدهم و محلّ قدم الإمام أو المأمومين أزيد من الذراع، و لا يمكن أن يتخطّى، فالجماعه غير متحقّقه لوجود مانع البعد.

هذا بالنسبه إلى الصدر، و أمّا الذيل فالظاهر منه أنّه روعى التحديد المزبور الّذى قليل جدّا بالنسبه إلى الأوّل، حيث إنّ المستفاد من قوله عليه السّـلام: «يكون قـدر ذلك مسـقط جسـد الإنسان» (۱) هو اتّصـال مسـجد المأموم بموقف الإمام و قـدمه، و هكـذا المأمومون بالنسبه إلى أنفسهم، و أين ذلك و اغتفار المقدار من البعد؟

[فإنّ] المستفاد من الصدر إنّما يكون موضوع هذا التحديد بين الصفوف، و لا ربط له بنفس الإمام و المأموم، و المأمومين بينهم، كما هو الظاهر من قوله عليه السّلام:

«و ينبغى أن تكون الصفوف تامّه متواصله» (۲) .. إلى آخره، فعلى هذا؛ يختلف الصدر و الذيل موضوعا و حكما.

و الأوّل؛ لما تبيّن من الاختلاف الفاحش بين التحديدين، و كون المحدود

۱- وسائل الشيعه: ۸/ ۴۱۰ الحديث ۱۱۰۳۸.

۲- وسائل الشيعه: ۸/ ۴۱۰ الحديث ۱۱۰۳۸.

هو نفس الإمام و المأموم.

و الثانی؛ فلأنّ الصدر ظاهر فی الوجوب، بل التشدید فی الحکم، و الذیل ظاهر فی الاستحباب. کما استظهروا أیضا، فارتفعت المعارضه من البین بعون اللّه تعالی، بل یقرب التحدید المزبور المستفاد من الصدر إلی التحدید العرفی أیضا.

مع أنّه لا نستوحش من عدم اتحادهما و اختلاف العرف و الشرع فی المسأله أصلا لو لم یرجع إلیه، لما أشرنا [إلیه] من أنّ المسأله بخصوصیّاتها- و هی کیفیّه صدق الجماعه- نظر العرف أجنبیّ عنها؛ لکونها مفهوما لها مصادیق مختلفه بحسب الأمکنه و الدواعی الخارجیّه و غیرها، فحینئذ طریق إحرازها و أنّها علی أیّ نحو اعتبر یتوقّف علی بیان الشرع لا غیر.

فاتّضح- بعون اللّه تعالی- أنّ المسأله لا غبار علیها أصلا، و أنّ ما أفاده فی «الجواهر» (۱) فی المقام لا وجه له، من أنّ الروایه علی ما یظهر من صدرها معرض عنها، و أنّه یلزم رفع الید عنه بذیلها، و أنّه وردت روایه اخری منطبقه علی مضمون الذیل، شاهده علی ما استفاده من الروایه الاولی، و أنّه یلزم فی مثل الموارد الرجوع إلی العرف، فإنّه أمّا مسأله الإعراض فهی دعوی عجیبه، حیث إنّ التزامهم علی خلاف ما یظهر من صدر الروایه لیس من جهه المناقشه فی سندها، بل من جهه التصرّف فی دلالتها و جعل ذیلها الظاهر فی الاستحباب مع اشتماله علی لفظ «ما لا یتخطّی» أیضا، کما فی الصدر، و أنّ ما یستفاد منه هو الاتّصال الحقیقی الّذی لا یمکن اعتبار القرب أزید منه، فلا محیص من حمله

۱- جواهر الکلام: ۱۳/ ۱۷۱.

على الاستحباب، فجعلوه قرينه على الصدر و أنّ المراد بما لا يتخطّى فيه أيضا ما هو المراد به فى الذيل من الاتّصال الحقيقى، فأنكروا لذلك استفاده الحكم الإلزامى و العزيمه من الروايه.

مع أنّك قد عرفت فساد هذا الاستظهار جدّا، و أنّه لا ربط للصدر بالذيل؛ لاختلاف موضوعهما.

و كيف كان؛ لا إعراض فى البين أصلا؛ و أمّا وجود روايه شاهده للاولى و هى صحيحه ابن سنان (۱) فلا أصل لهذا الكلام أيضا؛ إذ لا ربط لها بالمقام، بل هى فى مساق سائر الروايات الوارده بمضمونها فى باب القبله راجعه إليها، و المراد بلفظه فيها الارتفاع الّذى قدّام المصلّى، و أمّا مسأله الرجوع إلى العرف فقد عرفت فساده.

ثم إنّ هذا كلّه؛ بالنسبه إلى البعد الّذى بين الإمام و المأمومين و بين أنفسهم فى الصفوف اللاحقه، فقد عرفت ظهور الروايه فى حكمه، و أمّا الكلام بالنسبه إلى أشخاص الصفّ الواحد الّذى حكمه المستفاد من الدلاله الالتزاميّه للروايه كما تقدّم، و معلوم أنّ البعد بالنسبه إليهم لا بدّ أن يلاحظ من طرف العرض.

فحينئذ؛ هل يستخرج حكمهم من الروايه أيضا أم لا؟ الظاهر أنّه لا إشكال فى هذه الجهه أيضا، حيث إنّه لمّا كان يستفاد أصل حكمهم من لازم الروايه، فهكذا يثبت لها ما يتفرّع عليه، فما يثبت للصفّ المتقدّم و المتأخّر فكذلك بالنسبه إلى الصفّ الواحد فيعتبر البعد بينهم بمقدار ما لا يتخطّى بالنسبه إلى وسط أحوالهم و هو حال القيام أو القعود، و لا يلزم الدقّه فيه أزيد من هذه

۱- وسائل الشيعه: ۸/ ۴۱۰ الحديث ۱۱۰۴۰.

الجهه بأن يلاحظ حال سجودهم أو غيره، بل يتسامح فيه، إذ ليس بناء الأحكام على الدقّه العقليّه مطلقا.

إحرام البعيد قبل القريب فى الجماعه

بقى الكلام بالنسبه إلى إحرام البعيد قبل إحرام القريب الّذى به يتحقّق الاتّصال المعتبر، فهل يعتبر تأخّره عنه، أم لا، بل يكفى نفس تهيّؤ القريب و إشرافه على الدخول فى الجماعه؟

الأقوى الثانى، نظرا إلى أنّه مضافا إلى عدم إمكان حصول الترتيب بين المقدّم و المؤخّر و القريب و البعيد عاده، خصوصا فى الجماعات العظيمه و ما فيها الزحام، فإنّ ذلك- أى اعتبار الترتيب فى الإحرام- أمر عسر حرجىّ [على] أنّه قامت السيره عليه، حيث إنّه من عصر المعصوم عليه السّلام إلى الآن كان البناء فى الجماعات دخول اللاحق فى الجماعه بتهيّؤ السابق و لم يثبت أنّهم كانوا ينتظرون حتّى يحرم القريب.

نعم؛ يعتبر أن يكونوا مشرفين على الدخول و الإحرام للصلاه و لا يكفى مطلقا انعقاد الصفوف، و لو كانوا مشتغلين بالتكلّم و نحوه، فتأمّل!

ثمّ إنّه نقل عن العلّامه البهبهانى قدّس سرّه و بعض آخر أنّهم استشكلوا فى جواز أن يكون الصفّ اللاحق أطول من السابق (۱)، بحيث يكون البعد الّذى بين ما زيد من المتأخّر و بين الصفّ المتقدّم زائدا على المقدار المغتفر من البعد، و ذلك للجمود على ظاهر الروايه المتقدّمه، حيث نطقت بأنّه إذا كان البعد بين الإمام

۱- نقله صاحب جواهر الكلام: ۱۳/ ۱۷۹، مفتاح الكرامه: ۳/ ۴۲۳- ۴۲۴.

و المأمومين أو الصفوف مقدار ما لا يتخطّى فليس ذلك لهم بصلاه (۱).

و أنت خبير بفساده؛ لما تقدّم من المدلول الالتزامى للروايه، و حاصله: أنّ البعد المزبور مانع إذا كان بين المأموم و من يتّصل به بالإمام لا مطلقا، و المفروض أنّ أشخاص الصفّ المتأخّر كلّهم متّصلون و ليس بينهم الفصل المضرّ.

هذا؛ مع أنّه و لو سلّمنا عدم الاكتفاء بالاتّصال من طرف العرض أنّه لا يصدق البعد المضرّ فى المثال، حيث إنّ الصفّ عباره عن مجموع ما يكون بين مبدئه و منتهاه، فإذا لم يصدق البعد المضرّ بالنسبه إلى قطعه منه، و الصفّ السابق لا يصدق بالنسبه إلى مجموعه، فلا يحسب القطعه الزائده من اللاحق على السابق صفّا مستقلّا، بل هى بعضه، كما لا يخفى.

و القسم الثانى من شرائط الجماعه أيضا أمران:

الأوّل: أنّه يعتبر عدم علوّ مكان الإمام و محلّ صلاته على محلّ المأموم،

و الدليل عليه موثّقه عمّار (۲) الّتى لا مجال للمناقشه فى سندها أصلا و إن كانت من حيث المتن و الدلاله مضطربه جدّا.

و لا يخفى أنّه من سوء تعبيرات عمّار كما يكون كذلك أكثر رواياته، مع ما فيها فى المقام من اختلاف النسخ فى فقره منها و هى قوله عليه السّلام: «و إن كان أرفع منهم بقدر إصبع أو أكثر أو أقلّ، إذا كان الارتفاع ببطن مسيل» (۳) .. إلى آخره،

۱- وسائل الشيعه: ۸/ ۴۱۰ الحديث ۱۱۰۳۹ و فيه: تلك بدلا من: ذلك.

۲- وسائل الشيعه: ۸/ ۴۱۱ الحديث ۱۱۰۴۲.

۳- وسائل الشيعه: ۸/ ۴۱۱ الحديث ۱۱۰۴۲.

فإنّها رويت على وجوه أربعه، كما نقلها فى «الجواهر» (۱).

و كيف كان؛ فالّذى ينبغى أن يقال: إنّه لا يجوز العلوّ أزيد من مقدار الشبر، و أنّه لو كان مكان الإمام مرتفعا أزيد تبطل الصلاه، و ذلك؛ لأنّ القدر المتيقّن من الروايه و المجموع المتحصّل من تمام النسخ المنقوله اعتبار عدم العلوّ بالمقدار المزبور، و أنّ الزائد على الشبر مانع، و أمّا بالنسبه إلى الشبر و أقلّ منه فمن الروايه لا يستفاد شى ء؛ لإجمال الفقره المذكوره من جهه الاختلاف المزبور، مع أنّ بعضها لا يستقيم أصلا، كما أنّه بالنسبه إلى الجمله المتقدّمه على محلّ الخلاف بناء على أن يكون بقدر إصبع أو أكثر أو أقلّ، فإنّ مثل هذا التعبير بعيد عن ساحه المعصوم عليه السّلام، خصوصا من جهه التعبير بالإصبع حيث إنّ الأقلّ من عرض إصبع لا يناسب المقام، و إن كان توهّم بعض [أنّ] المراد به طول الإصبع (۲)، و هو كما ترى.

مضافا إلى أنّه لفظه «إن» ليست معلومه أنّها وصليّه أو شرطيّه، مع أنّه على الشرطيّه- كما هو الأظهر- لا جواب لها، فحينئذ مقتضى الصناعه أن يقال: لا بأس بالارتفاع الأقلّ من الشبر نظرا إلى إطلاق أدلّه الجماعه، لو كان إطلاق يتمسّك به بالنسبه [إلى] الشكّ فى الشروط الغير العرفيّه، و إلّا فمقتضى قاعده الاشتغال الّتى أشرنا إليها غير مرّه، الاحتياط.

و أمّا الزائد على الشبر فلمّا كان القدر المتيقّن الّذى يستفاد من الروايه هو الشبر، بل الأقلّ فهو مضرّ يبطل الجماعه، حيث إنّ مقتضى صدر الروايه أنّه لا

۱- جواهر الكلام: ۱۳/ ۱۶۷.

۲- التنقيح الرائع: ۱/ ۲۷۱، جواهر الكلام: ۱۳/ ۱۶۹.

یجوز أن یکون موضع الإمام أرفع من المأموم مطلقا إلّا بالمقـدار الّـذی اسـتثنی، و قـد عرفت أنّ القدر المتیقّن هو ما دون الشبر، فحینئذ بالنسبه إلی الشبر و ما زاد علیه لا ینبغی التأمّل فی عدم جوازه حسبما هو المستفاد من مجموع الروایه و الأصل أیضا.

هذا کلّه؛ فی العلوّ الدفعی و التسریحی بل التسنیمی الّذی هو کصفحه الجبل الملحق به، و أمّا فی الانحداری فلا بأس به، کما هو صریح الروایه.

هذا؛ ممّا لا إشکال فیه، و إنّما البحث فی عکس المسأله، و هو ما لو کان مکان المأموم أرفع من الإمام، فهو فی الجمله أیضا ممّا لا ریب فی اغتفاره، بل و لو کان کثیرا کما هو أیضا صـریح الروایه، و لکنّ الإشکال فی حدّ الکثره المغتفره، فإنها ربّما تبلغ إلی حـدّ یضـرّ الوحـده العرفیّه المعتبره فی صـدق الجماعه، فهل یلتزم باغتفارها عملا بإطلاق الدلیل أو لا؟ مجال التأمّل- بل و لو لم تبلغ إلی الحدّ المزبور- واسع، و الاحتیاط فی المقام لا ینبغی ترکه، و اللّه العالم (۱).

متابعه المأموم الإمام فی الجماعه

الأمر الثانی: الّذی یمکن عدّه شرطا عرفیّا أیضا هو وجوب المتابعه،

اشاره

فاعتبار متابعه المأموم للإمام فی الجمله ممّا لا کلام فیه، و إنّما الإشـکال فی أصل کیفیّتها و بعض صـغریات المسأله، فینبغی أوّلا البحث فی مدرک المسأله و دلالتها حتّی یتّضح الأمر.

۱- و لمّا وصل التحریر إلی هنا توفّیت والدتی رحمها اللّه و کان ذلک فی عشر من ذی القعده ۴۷ [ه ق]، «منه رحمه اللّه».

فنقول- و من اللّه التوفيق-: إنّ الأصل فى ذلك النبوىّ المتلقّى بالقبول عند الأصحاب و علمائنا- قدّس اللّه أسرارهم- على اختلاف ما فيه من النسخ، حيث إنّه روى كذلك على روايه أنّه «إنما جعل الإمام إماما ليؤتمّ به» (۱) و فى اخرى اضيف إليه قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «فإذا ركع فاركعوا و إذا سجد فاسجدوا» (۲) و فى ثالثه اضيف إليها أيضا: «و إذا كبر فكبّروا» (۳).

فالبحث يقع أوّلا فى معنى المتابعه و أنّها كيف تتحقّق، هل يعتبر تقدّم الإمام زمانا فى كلّ ما يصدر عنه على المأموم، أم يكفى عدم تأخّره عنه؟ بحيث يكتفى بمقارنه كلّ ما يصدر عنهما زمانا.

و ثانيا: فى أنّه على أحد المعنيين هل يعمّ اعتبار ذلك بالنسبه إلى الأفعال و الأقوال مطلقا، أو يختصّ بالاولى، أو يعمّ الثانيه أيضا فى الجمله كما بالنسبه إلى الأقوال المسموعه؟

و نقول: أمّا الكلام بالنسبه إلى صدر الحديث- و هو مسأله الائتمام و الاقتداء مطلقا مع قطع النظر عمّا فى ذيله من المثال- أنّه تاره؛ يقع فى الأفعال الصادره عن الإمام بلا أن يكون شركه بينه و بين المأموم. و اخرى؛ فى الأفعال المشتركه بينهما، أمّا بالنسبه إلى الاولى فلا خفاء فى أنّه لمّا كان إيجاد الفعل بيد الإمام فلا بدّ و أن يتبعه المأموم فى أصل إيجاد الفعل و لا تصل النوبه إلى البحث فى كيفيّه الصدور و أن يقال: إنّه من جهتها يتبعه، إذ المفروض أنّه لا موضوع فى

۱- عوالى اللآلى: ۲/ ۲۲۵ الحديث ۴۲.

۲- سنن ابن ماجه: ۱/ ۲۷۶ الحديث ۸۴۶، بحار الأنوار: ۸۰/ ۳۰۱ الحديث ۲.

۳- صحيح مسلم: ۲/ ۱۸ باب ائتمام المأموم بالإمام.

البین حتّی تعرضه الأحوال المختلفه، فلا محیص حینئذ من اتّباعه فی أصل الوجود، و لازم ذلک أن یتأخّر عنه فی الإیجاد.

و أمّا بالنسبه إلی القسم الثانی؛ فلا یعتبر ذلک حیث إنّ المفروض اشتراک الإمام و المأموم فی أصل الإیجاد، فتنحصر حینئذ المتابعه فی الکیفیّه فقط، و من المعلوم أنّه یکفی فی ذلک عدم تقدّم المأموم فی الإیجاد، بل إذا أوجده مقارنا یصدق ذلک أیضا.

هذا؛ هو مقتضی الصدر، و لکن قد یقال: إنّ التفصیل و إن کان فی حدّ نفسه تامّا إلّا أنّه لا بدّ من رفع الید عنه لما ذکر فی ذیل الحدیث؛ لمکان أنّ الأمثله المذکوره لمّا کانت ذکرت علی نحو القضیّه الشرطیّه المؤدّاه بصیغه الماضی الدالّه علی النسبه التحقیقیّه، فیلزم تقدّم أفعال الإمام علی المأموم مطلقا، إذ النسبه التحقیقیّه الّتی هی مدلول الشرط؛ صدقها یتوقّف علی ذلک، أی تقدّم الشرط علی الجزاء زمانا.

هذا؛ و لکن أصل التفصیل و هکذا الإشکال علیه فاسد، أمّا الأوّل؛ فلأنّ عدم صدق التبعیّه فی الوجود إلّا مع التأخّر الزمانی بین التابع و المتبوع إنّما یتمّ لو انحصر المترتّب به، مع أنّا نری خلافه بالوجدان فی التکوینیّات، حیث إنّه لا إشکال فی الترتّب بین العلل و معلولاتها الخارجیّه و صدق تبعیّه کلّ موجود بالنسبه إلی معدّاتها، بل هی أظهر التبعیّه، مع أنّه لا تخلّل بینها زمانا أصلا، بل فی الخارج یتحقّقان فی عرض واحد، و إنّما الترتّب بینهما و التبعیّه رتبیّه، فهکذا نقول بالنسبه إلی تلک القضیّه الشرعیّه، و أنّه لا یتوقّف صدق الائتمام و تبعیّه المأموم علی صدور الفعل عن الإمام سابقا فی الخارج، بل یکفی فیما إذا کان

مستند إيجاد المأموم إيجاد الإمام ذاک الفعل؛ إذ ليس ذلک أزيد من العلل و المعلولات فی التکوينيّات، فيصدق التبعيّه (الائتمام) و الاقتداء، و لو کان الإيجادان مقترنين زمانا، و تکون العليّه و المعلوليّه محفوظه، بأن يکون استناد فعل المأموم فعل الإمام، کما إذا علم و أحرز أنّه سيوجد الإمام الفعل الفلانی فشرع المأموم بإيجاده أيضا مقارنا له.

فعلی هذا؛ لا فرق بين القسمين، و لا دلاله لصدر الروايه إلّا علی لزوم حفظ الائتمام و أنّه لا يجوز أن يسبق المأموم الإمام و يتقدّم عليه مطلقا.

و أمّا الثانی؛ و هو مسأله استفاده لزوم حفظ الرتبه الزمانيّه بين فعلها عن ذيل الروايه فمنشؤه توهّم دلاله القضيّه الشرطيّه علی الزمان، و أنّه لمّا کان الشرط فعلا ماضيا فلا بدّ من تحقّقه قبل تحقّق الجزاء، و لکنّا قد حرّرنا فساد ذلک فی بحث الاصول، و أنّه لا دلاله للفعل علی الزمان أصلا.

نعم؛ الزمان من اللوازم العقليّه للأفعال، مثلا: الفعل الماضی لمّا کان دالّا علی النسبه التحقيقيّه فلازمه وقوعه فی الماضی، و هذا ليس إلّا فی القضايا الخبريّه.

و بالجمله؛ القضايا الشرطيّه مسوقه لبيان الارتباط بين الشرط و الجزاء فقط، و ليست إناطه من حيث الزمان فی البين، فحينئذ يجری هنا مثل ما تقدّم من أنّه لا يعتبر فی الشرط و الجزاء أيضا إلّا حفظ الرتبه بينهما، بأن يکون مستند وجود الجزاء وجود الشرط.

و من المعلوم؛ أنّ ذلک يصدق و لو اقترنا زمانا، و لکن کانت جهه العليّه و المعلوليّه محفوظه، و هذا سرّ ما بنينا فی باب الشروط مطلقا، بل هو المتسالم

عند الأصحاب أيضا من أنّه لا يعتبر تحقّق الشرط قبل المشروط زمانا، بل يمكن إيجادهما مقارنا كما فی مسأله شرطيّه الوقت للصلاه حيث إنّه يجوز الدخول فيها، و لو فی الآن الأوّل الحقيقی للوقت؛ مثل زوال الظهر.

و على هذا؛ تتطابق القضيّه الشرطيّه الّتی فی ذيل الروايه مع ما فی صدرها، و أنّه لا يستفاد من قوله صلّی اللّه عليه و آله و سلم: «فإذا ركع فاركعوا» (۱) .. إلی آخره، إلّا أن يكون مستند ركوع المأموم ركوع الإمام و تبعيّته فلا يجوز تقديمه عليه، و أمّا أنّه يعتبر تأخّره عنه فلا دليل عليه، فصدر الروايه و ذيلها متوافقان، كما أنّه لا دليل عقلا أيضا على اعتبار التأخّر.

و أمّا ما يستدلّ له بما دلّ على اعتبار التأخّر بالنسبه إلی تكبيره الاحرام ففيه- مع ما فی دلالته بالنسبه إلی نفس تكبيره الإحرام كما ستعرف-: أنّه لا ـ مجال لمقايسه الأفعال بها، حيث إنّه لو سلّمنا فيها فإنّما هو لعدم انعقاد الجماعه بعد، فما لم يحرز تلبّس الإمام بالصلاه خارجا و لم يدخل فيها لم يصدق الاقتداء.

و لا فرق من هذه الجهه بين أن يكون الدليل على التكبيره ذيل هذه الروايه العامّيه، كما أشرنا إليها (۲)، و أنّه مشتمل عليها على بعض النسخ، أو الدليل الآخر.

و دعوی أنّه بناء على الأوّل و استفاده اعتبار التأخّر من ذيل الروايه- لا محيص من الالتزام به بالنسبه إلی الأفعال أيضا، لأنّ مساق الروايه واحد-

---

۱- بحار الأنوار: ۸۰/ ۳۰۱ الحديث ۲، جواهر الكلام: ۱۳/ ۲۰۱، رياض المسائل: ۳/ ۳۷.

۲- صحيح مسلم: ۲/ ۱۸، راجع! الصفحه: ۱۷۷ من هذا الكتاب.

فاسده، لأنّه أوّلا؛ الروایه علی ما رواها أصحابنا (۱) غیر مشتمله علی هذا الذیل إلّا نادرا، و ثانیا؛ لما عرفت من الفرق، فتأمّل!

هذا حال الأفعال و حکمها و أمّا الأقوال؛ فالظاهر أنّ فیها التفصیل، أمّا بالنسبه إلی تکبیره الإحرام فقد استدلّ علی اعتبار التأخّر فیها و أنّه لا یجوز التقدیم بل و لا المقارنه، بروایه «قرب الإسناد» قال علیه السّلام فیها: «لا یکبّر إلّا مع الإمام فإن کبّر قبله أعاد» (۲) و هذه الروایه و إن کانت مشتمله علی ما هو خلاف الإجماع ظاهرا من جهه أنّ التکبیره قبل الإمام توجب عدم انعقاد الجماعه لا بطلان أصل الصلاه حتّی تجوز الإعاده.

و لکن هذه الجهه لا تضرّ بها، إذ کثیرا ما تکون روایه معرض عنها بالنسبه إلی بعض فقراتها، و لا یوجب سقوطها عن الاعتبار رأسا، بل لا یزال بناؤهم علی التمسّک بأمثالها.

نعم؛ إنّما الإشکال فی دلالتها، فإنّها بظاهرها لیست دلالتها أزید ممّا تقدّم فی الروایه العامیّه، و أنّه لا یجوز تقدّم تکبیر المأموم علی الإمام.

و أمّا حدیث «المحاسن» المرویّ عن النبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلم و أنّ ظاهره یقتضی ذلک لمکان قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلم: «و إذا قال إمامکم: اللّه أکبر، فقولوا: اللّه أکبر» (۳) إلّا أنّ استفاده الحکم الإلزامی منه مشکل، لا لاشتمال الحدیث علی الأحکام الغیر الإلزامیّه، إذ ذلک لا یوجب رفع الید عن سائر فقرات الحدیث إذا کانت ظاهره فی الإلزام،

۱- لاحظ! جواهر الکلام: ۱۳/ ۲۰۱.

۲- قرب الإسناد: ۲۱۸ الحدیث ۸۵۴، وسائل الشیعه: ۳/ ۱۰۱ الحدیث ۳۱۳۳.

۳- أمالی الصدوق: ۲۶۵ الحدیث ۱۰، وسائل الشیعه: ۸/ ۴۲۳ الحدیث ۱۱۰۷۵، و فیه: المجالس بدلا من: المحاسن.

بـل لأنّ الظاهر منه صدرا و ذيلا- أنّه مسوق لبيان الأحكام الاستحبابيّه مطلقا، فحينئذ لا دليل نقلا يقتضى اعتبار تأخّر تكبيره المأموم عن الإمام، و عدم الاكتفاء بتلبّسه بها.

نعم؛ نظرا إلى الشبهه العقليّه و أنّه ما لم يصدر التكبيره عنه لم يتحقّق الإمامه بعد- و لعلّ لذلك أفتى جماعه من الأساطين باعتبار التأخّر للاحتياط شديدا (۱)- عدم [جواز] شروع المأموم بالتكبيره إلّا بعد شروع الإمام بها، و الأولى منه عدم إتيانه بها إلّا بعد فراغه عنها، و اللّه العالم.

هذا؛ بالنسبه إلى تكبيره الإحرام. و أمّا بالنسبه إلى سائر الأقوال فقد اتّضح حكمها منها، و أنّه لا بأس بتقدّم المأموم الإمام بالنسبه إليها، إذ لا دليل على المنع بل السيره و غيرها مثل روايه الحلبى الّتى مضمونها: أنّه إذا كان الإمام يطيل فى تشهّده لا بأس للمأموم أن يخفّف و يسلّم (۲)، يدلّ على الجواز، و ليس شى ء يقتضى من الشبهه الجاريه فى التكبيره للافتتاح، حملها على ما إذا كان ذلك لحاجه، أو أنّ المراد أن يقصد المأموم الانفراد و أمثال ذلك، ممّا هى مخالفه للظاهر.

التأخّر كثيرا فى الائتمام

اشاره

هذا كلّه؛ بالنسبه إلى تقدّم عمل المأموم على الإمام، و أمّا من حيث التأخّر فهل يجوز ذلك زائدا عمّا يصدق عليه البعديّه عرفا، أم لا؟

ثمّ إنّه بناء على عدم الجواز هل تبطل الجماعه به أم لا؟ المسأله فى غايه

۱- مفاتيح الشرائع: ۱/ ۱۶۲، جواهر الكلام: ۱۳/ ۲۰۸، رياض المسائل: ۳/ ۳۷.

۲- وسائل الشيعه: ۸/ ۴۱۳ الحديث ۱۱۰۴۸.

الإشكال و الاضطراب، حيث إنّ المنقول عن الشهيد قدّس سرّه أنّه لا يفوت القدوه بفوات ركن أو ركنين عندنا (۱)، مع أنّه- كما ذكروا- بناء المشهور على التفصيل فى المسأله، من حيث عدم البأس بالتأخّر فى الجمله، و حرمته إذا كان فاحشا، و كونه موجبا للبطلان إذا بلغ إلى مثابه يضرّ بصدق المتابعه عرفا.

و التحقيق: أنّه أمّا بالنسبه إلى الركوع مطلقا عدم جواز التأخير؛ لما دلّ عليه الروايات الكثيره، مثل ما فى «الدعائم» (۲) و صحيحه معاويه بن عمّار (۳) و صحيحه زراره (۴) الّتى مضمونها بجملتها: أنّه إذا لم يمهله الإمام القراءه يؤخّرها و يدرك الركوع، و هكذا السوره.

و معلوم؛ أنّه ما لم يكن إدراك الركوع واجبا شرعا لم يجز ترك السوره لأجلها؛ إذ هو ليس أمرا مضطرّا إليه خارجا، و حملها على خصوص الركوع الأوّل حتّى يدرك ركعه من صلاه الإمام لا دليل عليه، و لا وجه له أصلا، كما لا يخفى.

و أمّا مسأله الشرطيّه بالنسبه إلى الأفعال- ركوعا كان أو غيره لنفس الصلاه بمجموعها أو الجزء الفائت حتّى يوجب عدم إدراكه بطلان خصوصه- لا دليل عليه أصلا، خصوصا الأخير، حيث إنّه مع عدم كون الجماعه بالنسبه إلى الصلاه من قبيل الاستغراقى الانحلالى؛ بل هى من قبيل العامّ المجموعى، فحينئذ فهذا الاحتمال ساقط رأسا، مضافا إلى وجود الدليل على عدم اعتبار

۱- البيان: ۱۴۴، الدروس الشرعيّه: ۱/ ۲۲۴، مع اختلاف يسير.

۲- دعائم الإسلام: ۱/ ۱۹۱، مستدرك الوسائل: ۶/ ۴۸۹ الحديث ۷۳۳۰.

۳- وسائل الشيعه: ۸/ ۳۸۸ الحديث ۱۰۹۷۸، و فيه: معاويه بن وهب.

۴- وسائل الشيعه: ۸/ ۳۸۸ الحديث ۱۰۹۷۷.

الإدراک مطلقا، کما یستفاد ذلک من بعض الفروع المتسالم عنـدهم، کما دلّ الـدلیل علیه أیضا، مثل ما إذا سبق المأموم الإمام فی الرکوع عمدا فیجب البقاء علیه حتّی یلحقه الإمام و مثل ما بنوا علیه فی صلاه الجمعه من أنّه فی حال السجود لو لم یمکنه أن یقوم مع الإمـام و بقی علی حـاله حتّی فرغ الإمام من الرکعه التالیه و لحقه فی سـجود الثانیه یقتـدی به فی السـجده الّتی بیـده، و یجعلها الاولی لنفسه، فیحسب ذلک له رکعه تلفیقیّه.

و معلوم؛ أنّ لازم ذلک فوات رکنین له، من سجدتی الرکعه الاولی و الرکوع الثانی، فإذا کان المفروض بقاء القدوه بعد، فحینئذ أی التأخّر الفاحش یبقی حتّی یکون موجبا لبطلان الجماعه أو أصل الصـلاه؟ و شـیخنا قـدّس سـرّه لمّا رأی أنّه لا یمکن الالتزام بأحدهما فعدل، و جعل التبعیّه شرطا للجزء، و قد عرفت أنّه غیر معقول.

مضافا إلی أنّه دلّ الدلیل علی عدمه؛ لما سمعت فیما لو تقدّم علی الإمام فی الرکوع یلزم البقاء حتّی یلحقه الإمام، فلو کان الجزء المسبوق به باطلا فما معنی لزوم البقاء؟

و بالجمله؛ فالاحتمالات الثلاثه بأن تکون التبعیّه شرطا لأصل الصـلاه، أو للجماعه، أو للجزء فقط؛ باطله، لما تقدّم، مضافا إلی ما سمعت من دعوی الشـهید الإجماع علی عـدم فوات القـدوه بفوات رکن أو رکنین (۱)، فلاـ یبقی إلّـا احتمال رابع- کما وقع فی کلام الشیخ قدّس سرّه أیضا- و هو أن یکون لزوم الاتّباع و عدم

۱- البیان: ۱۴۴، الدروس الشرعیّه: ۵۷، مع اختلاف یسیر.

التخلّف بالسبق أو التأخّر زائدا عمّا يغتفر عرفا حكما تعبّديا (۱)، و هو الحقّ.

و ذلک: لما تقدّم فی أوّل الباب من أنّ الأصل فی المسأله هو النبویّ (۲)، و هو لا یدلّ علی أزید من ذلک، و لا یستفاد منه الشرطیّه أصلا، لأنّه و إن بنینا فی محلّه من أنّ الأوامر و النواهی الوارده فی الماهیّات المرکّبه منقلبه عمّا هو الأصل فیها من الدلاله علی الحکم النفسی، بل ظاهرها الشرطیّه و المانعیّه فیها.

إلّا أنّ ذلک إنّما یکون فیما إذا کان الحکم و الأمر و النهی متعلّقا ابتداءً بشیء فی مرکّب عبادیّ أم معاملی، و المقام لیس کذلک، بل الأمر الأوّلی هو نفس الائتمام، و قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلم: «فإذا رکع فارکعوا» (۳) .. إلی آخره؛ من توابع الأمر الأوّل، و لا یستفاد منه إلّا لزوم هذا الأمر، أی المتابعه فی الجمله، و عدم التخلّف عن الإمام بالسبق أو التأخّر الفاحش، فهذا نظیر توابع التبعیّه، حیث إنّه إذا تحقّقت المتابعه فنفسها تقتضی العمل بآثارها، و مع ذلک فإذا ورد أمر أو نهی علیها لا تکون هی تکالیف نفسیّه، بل من قبیل الإرشاد إلی ما تقتضیها نفس المتابعه، فلا یترتّب علیها ما یترتّب علی الأوامر و النواهی النفسیّه أی المنشأه ابتداءً، فتأمّل!

فالحاصل: لا دلیل علی اشتراط المتابعه أصلا، بل قد سمعت أنّ الدلیل علی خلافه، و غایه ما دلّ علیه الدلیل- و هو النبوی- کون لزوم المتابعه واجبا نفسیّا و حکما تعبدیّا، فحینئذ التخلّف عن الإمام بأیّ مقدار یکون لا یضرّ بالصلاه أو الجماعه بوجه، کما علیه أساطین الفقهاء أیضا.

۱- المبسوط: ۱/ ۱۵۹.

۲- تقدّم فی الصفحه: ۱۷۷ من هذا الکتاب.

۳- سنن ابن ماجه: ۱/ ۲۷۶ الحدیث ۸۴۶.

بقی الکلام فی أنّ اقتضاء هـذا الحکم التعبّدی هل هو بطلان أصل الصـلاه، أو الجزء فقط لو خولف، لکون الجزء الّذی سبق به أو تأخّر منهیّا عنه، أم لیس اقتضاؤه ذلک؟

قـد یتوهّم أنّ المقام لمّا کان من باب الضـدّ و أنّ التقـدّم أو التأخّر لمّا یوجب فوت الواجب الّذی هو الاتّباع؛ فمقتضـی القاعـده بطلان العمل.

و فیه: أنّ ذلک أوّلا اجتهاد فی مقابل النصّ، لما تقدّم ممّا یدلّ علی أنّهما لا یضرّان بشی ء.

و ثانیـا: أنّ المقـام موضوعـا خـارج عن مسأله الضـدّ رأسـا؛ لمـا حرّرنـا فی محلّه من أنّ ضـابطه أن یکون فعل أحـد الضـدّین و الاشـتغال به یوجب سـلب القـدره عن الآخر، و هذا مفقود هنا، لمکان بقاء القدره علی الاتّباع فیما إذا تقدّم، بأن یأتی بما تخلّف عنه ثانیا، و فیما لو تأخّر أصـلا لا یصـدق المضادّه؛ إذ المفروض فوات المتابعه، فلا مضادّه بالنسـبه إلی الفعل الّذی یأتی به الآن مع المتابعه الفائته.

نعم؛ بالنسـبه إلی ما إذا تقـدّم، لمّا کان الدلیل الشرعی قائما علی عدم الرجوع و الاکتفاء به؛ فلذلک لا یقدر علی الإتیان ثانیا، و هذا من الغرائب لو کان ذلک وجه عدّ المقام من باب الضدّ.

و بالجمله؛ خروج المقام عن مسأله الضـدّ واضـح، ضـروره أنّه إنّما یکون إذا کان الأمران المکلّف بهما زمانا فی عرض واحد، و لا إشکال أنّ ما نحن فیه من هذه الجهه طولیّان، فعلی هذا؛ لا یترتّب علی التقدّم أو التأخّر سوی الإثم إذا تعمّد فیهما.

هـذا كلّه بالنسبه إلى أصل المسأله؛ بقى الكلام فى الفروع الّتى تترتّب عليها، فإنّه إذا فرضـنا أنّه أثم و تقدّم أو تأخّر، فحينئذ أىّ شى ء وظيفته؟ أمّا بالنسبه إلى التأخّر فلا يترتّب عليه شى ء، سوى أنّه يجب عليه المبادره باللحوق آنا فآنا، و إنّما الإشكال فيما لو تقدّم، فهل يجب عليه العود و اللحوق بالإمام بالنسبه إلى الجزء الّذى تخلّف عنه، أم لا، بل يبقى على حاله حتّى يلحقه الإمام؟

الظاهر أنّه يختلف الحكم فى ذلك من حيث العمـد و السـهو كما عليه جلّ الفقهاء حسـبما اسـتظهروا من الأدلّه، و ذلك؛ أنّه أمّا إذا تقدّم عامدا- كما إذا سبق الإمام فى رفع رأسه عن الركوع أو السجود- فيجب عليه أن يستمرّ على حاله حتّى يلحق الإمام و لا يجوز له العود، و أمّا لو كان ساهيا فيجب عليه العود و اللحوق بالإمام و الرفع معه ثانيا.

هـذا مـا عليه الفتوى، و لكنّ الإشـكال فى اسـتفاده هـذا التفصـيل من أخبـار البـاب، فإنّها بظاهر [ها] متباينه، حيث إنّ جمله منها كروايـه علىّ بن يقطين (۱) و الفضـيل (۲) و خبر الأشـعرى بظاهرها (۳) مطلقه تـدلّ على لزوم العـود إذا تخلّـف، و روايه اخرى لغيـاث بن إبراهيم (۴) تقتضـى عـدم العود، و لزوم البقـاء على حـاله مطلقـا حتّى يلحقه الإمام، فهى بظاهرها متعارضه مع الطائفه الاولى.

و لكن الإنصاف أنّه ليس لهذه الروايه كمال ظهور فى الإطلاق، بل الظاهر

۱- وسائل الشيعه: ۸/ ۳۹۱ الحديث ۱۰۹۸۴.

۲- وسائل الشيعه: ۸/ ۳۹۰ الحديث ۱۰۹۸۲.

۳- وسائل الشيعه: ۸/ ۳۹۰ الحديث ۱۰۹۸۳.

۴- وسائل الشيعه: ۸/ ۳۹۱ الحديث ۱۰۹۸۷.

منها بقرينه قوله علیه السّلام: «إذا أبطأ الإمام» هو العمد حيث المستظهر منها أنّه كان المأموم يزعم و يعتقد أنّ الإمام الآن يرفع رأسه لتماميّه ذكره الّذى كان عادته الإتيان، فرفع المأموم رأسه عمدا معتقدا أنّ الإمام أيضا يلحقه، و لكن تخلّف زعمه و أبطأ الإمام، فحينئذ تصير هذه الروايه ظاهره فى العمد، فيقيّد بها إطلاق الطائفه الاولى، مضافا إلى انصرافها بنفسها أيضا إلى السهو لاستبعاد التعمّد بذلك عن المأمومين مع بنائهم على الائتمام و الاقتداء.

و بالجمله؛ فما ذكرنا (۱) يمكن أن يكون وجه ما بنى عليه الأصحاب قدّس اللّه أسرارهم، و مع الغضّ عن ذلك فنقول: إنّ دعوى الإجماع على هذا التفصيل فى المسأله قريبه جدّا، لأنّه فتوى أساطين الفقهاء و أئمّتهم قديما و حديثا (۲)، و المخالف جماعه شاذّه من متأخّرى المتأخّرين (۳)، فحينئذ ببركته لا محيص عن رفع اليد عن إطلاق الطائفه الاولى، فتنقلب النسبه قهرا و إلّا لا يبقى لها مورد لو بنى بقاؤها على ظهورها و تقديم روايه غياث عليها تصير مختصّه بغير العامد فيخصّص بها روايه غياث فتصير النتيجه كالأوّل، فعلى كلّ حال؛ لا محيص عمّا هو المشهور فى المسأله، فتدبّر!

۱- من استظهار العمد عن روايه غياث و اختصاص الروايات الاولى بالساهى حيث إنّه استفاده العمد منها ببركه ترك الاستفصال، و هو إنّما يفيد إذا لم يكن فى البين انصراف يوجب التخصيص، و قد أشرنا إلى وجهه، فتدبّر! «منه رحمه اللّه».

۲- السرائر: ۱/ ۲۸۸، ذكرى الشيعه: ۴/ ۴۴۵، البيان: ۱۳۸، جواهر الكلام: ۱۳/ ۲۱۲.

۳- الحدائق الناضره: ۱۱/ ۱۴۲.

فروع:

ثمّ إنّ هنا فروعا:

الأوّل: قد ظهر من مطاوی ما ذكرنا أنّه عدم الفرق بين أنحاء التقدّم على الإمام من أن يتقدّم عليه بالرفع عن الركوع أو السجود، أو يتقدّم بالوضع و الهویّ لهما؛ لوجود الأخبار بالنسبه إلى كليهما، و دلاله بعضها على الأوّل و الآخر على الثانی (۱)، مضافا إلى عدم القول بالفصل فی المسأله، كما لا يخفى فحينئذ إذا كان التقدّم عمديّا يجب الاستمرار و عدم العود مطلقا و إن كان عن سهو يجب العود و متابعه الإمام.

الثانی: لو تخلّف فلم يستمرّ فيما إذا سبق بالنسبه إلى الركوع أو السجود عمدا فرجع و أعادهما مع الإمام تبطل الصلاه للزياده عمدا، و لا فرق فی ذلک بين أن يكون أتى بالذكر أوّلا أو لم يأت، غايته من الجهتين فی الثانی تبطل فتبطل صلاته، سواء أعاد أم لم يعد.

الثالث: لو تخلّف فی صوره السهو الّذی يجب عليه العود و لم يرجع فالظاهر أنّه لا يترتّب على ذلک سوى الإثم، لما تقدّم أنّ ذلک ليس يجب إلّا للمتابعه الّتی وجوبها ليس شرطيّا، و أمّا الركوع و السجود فقد تحقّقا و لا فرق بين أن يكون آتيا بذكر الواجب فيهما أم لم يأت به، بأن تركه سهوا أيضا، أمّا أصل عدم البطلان مع أنّه ترک واجبا فلما عرفت من أنّ المتابعه واجب نفسیّ، تركها لا يوجب إلّا الإثم، و المفروض أنّ وجوب الرجوع هنا لا يجب إلّا لذلک، و إلّا فالواجب من الركوع أو السجود قد اتی به و هو الّذی تحقّق أوّلا، فحينئذ و لو كان

۱- وسائل الشيعه: ۸/ ۳۹۰ الباب ۴۸ من أبواب صلاه الجماعه.

ذکرهما فالترک أیضا لا یضـرّ بشـی ء، لأنّ الرفع تحقّق سـهوا، فهکذا الذکر الواجب، فلا یجب العود لتدارکه؛ إذ بعد البناء علی تحقّق الرکوع و السجود فلا یبقی مجال لتدارکه.

و من هنـا نقـول: إنّه و لو عـاد و لحق بالإمـام لاـ یجوز له الإتیـان بالـذکر فی الرکوع أو السـجود الثـانی بقصـد الورود و الوظیفه الواجبه؛ لمکان فوات محلّه، و هذا الّذی یأتی به ثانیا لیس رکوعا صلاتیّا بل لحصول المتابعه.

و دعوی أنّ الشارع نزّل الرکوع أو السـجود الأوّل منزله العـدم أو جعلهما بمنزله رکوع واحد مسـتمرّ؛ باطله، إذ دون إثباتهما من الأخبار خرط القتاد، حیث إنّها لا تدلّ إلّا علی وجوب العود و لو کان ورد ذلک بلفظ (یعود [فی] رکوعه أو سجوده) و لکن مع ذلک استفاده التنزیل منها فی غایه الإشکال، و صرف التسمیه لا یدلّ علی ذلک، کما لا یخفی.

مضافا إلی أنّه لا إشـکال فی أنّه لو شـرع المأموم بالعود و الإمام فی إتیانه رفع رأسه، لا یجوز له الإتیان بالرکوع أو السـجود ثانیا لتدارک الذکر الفائت، و لا یضرّه فوته أصلا، فحینئذ لا ینبغی التأمّل فی أنّه لو أتی به یأتی بقصد الذکر المطلق.

ثمّ إنّه لا فرق فی ما ذکرنا- من أنّه لو تقـدّم علی الإمام فی الرکوع من وجوب الاسـتمرار لو کان عن عمد و وجوب الرفع عنه و الإعـاده مع الإمـام ثانیـا و أنّه فی الصوره الثانیه لو لم یرجع و ترک المتابعه لا یترتّب علیه سوی الإثم- بین أن یکون الإمام فارغا من قراءته أو لم یکن کذلک، بل کان فی أثنائها.

و ذلک: لأنّه علی کلّ تقدیر حینئذ ما ترک إلّا متابعه الإمام فی تمام القیام،

و هو لا- يخلو إمّا أن يكون واجبا نفسيّا حال القيام كما هو الأقوى و المشهور أيضا، و إمّا أن يكون شرطا للقراءه و يعتبر فى حالها، و من المعلوم؛ أنّ ترك شى ء منهما لا يوجب بطلان الصلاه على الأوّل، فلما تقدّم من أنّه إذا لم يكن شى ء واجبا شرطيّا للصّلاه أو الجماعه تركه لا يضرّ بأحدهما.

هذا؛ مضافا إلى أنّه إنّما يثبت بالدليل وجوب القيام وجوبا نفسيّا حال القراءه إذا كان المصلّى بنفسه يقرؤها، و أمّا إذا كان غيره متحمّلا لها فمجال المناقشه فى وجوبه حينئذ واسع.

و أمّا على الثانى؛ فلأنّه قد تحقّق أنّ الإمام كما يتحمّل نفس القراءه عن المأموم هكذا يتحمّل عنه كلّ ما يكون شرطا لها من الطمأنينه و الاستقرار و غيرهما.

فعلى هذا؛ لا يبقى وجه لبطلان صلاه المأموم أصلا، سواء كان تركه للمتابعه فى أثناء قراءه الإمام عن عمد، بأن ركع قبله عمدا، أو كان عن سهو، أو لا و لكن لم يعد و لم يرجع حتّى تحصل المتابعه بل استمرّ على حاله.

و ممّا ذكرنا يظهر فساد ما أتى به فى «العروه» فى المسأله، فإنّه فصّل بين الفرعين و احتاط فى بطلان الصلاه فى الصوره الثانيه، و فى الاولى قال بأنّه الأقوى على ما يستفاد من عبارته مع ما فيها من الاندماج (۱).

وجه الفساد: قد عرفت أنّه على كلّ من القولين فى مسأله القيام تركه لا يضرّ شيئا، مضافا إلى أنّه ما عرفنا وجه التزامه بالتفصيل، فإنّه إذا كان المفروض

۱- و فى «النجاه» (وسيله النجاه: ۱/ ۲۵۵ المسأله ۹) تعرّض لهما أوضح ممّا فى «العروه» (العروه الوثقى: ۱/ ۷۸۶ المسأله ۱۲)، «منه رحمه اللّه».

أنّ المتابعه و لو كان استمرار تركها مستندا إلى الاختيار و العمد، فحينئذ بناء على الالتزام بالبطلان الفرق بين الصورتين لا مجال له، كما هو واضح.

نعم؛ قد يقال: إنّ الوجه فى بطلان الصلاه فى الصوره المذكوره إنّما هو لفوات الترتيب تعمّدا نظرا إلى أنّه لا إشكال فى أنّ محلّ الركوع بعد القراءه، فلو قدّمه عليها تبطل الصلاه، فهكذا بالنسبه إلى ما هو بدل القراءه فيعتبر فيها الترتيب أيضا، و لمّا كان قراءه الإمام بدلا عن قراءه المأموم فلا يجوز له تقديم ركوعه على قراءته أيضا؛ لاقتضاء التنزيل ذلك، و إلّا تبطل الصلاه، كما لو أتى به قبل أن يتمّ قراءه نفسه فى صوره الانفراد.

هذا غايه ما يمكن أن يكون مدركا للفتوى المذكوره، و لكنّه بناء على تماميّته مختصّ بما لو تعمّد فى التقدّم من أوّل الأمر لا فى الصوره الاولى، و هو ما لو كان حدوث التقدّم سهويّا، و لكن كان بقاؤه عمديّا، حيث إنّ المفروض أنّ فوات الترتيب حينئذ وقع من غير اختيار، و وجوب العود إنّما هو للمتابعه لا لحفظ الترتيب، و قد عرفت أنّ تركها لا يوجب إلّا الإثم، فالاحتياط فى هذه الصوره ليس له وجه أصلا، مضافا إلى عدم تماميّته فى حدّ نفسه.

و ذلك؛ لأنّ هذا الوجه مبنىّ على مقدّمات ثلاثه، و اثنتان منها- و هما وجوب الترتيب بين القراءه و الركوع، و كون قراءه الإمام بمنزله قراءه المأموم- و إن كانتا تامّتين، و لكن الإشكال فى الثالثه، و هى لزوم الترتيب بين ما هو بدل القراءه و الركوع أيضا، و مجال منعها واسع؛ لأنّ غايه ما يقتضيه دليل التنزيل أنّ قراءه الإمام تجزى عن قراءه المأموم و أنّها بدل عن قراءته، و أمّا أنّها منزّله منزلتها فى جميع الجهات حتّى فى لزوم الترتيب بينهما فليس له عموم بهذه

الدرجه، كما هو واضح، فلا يبقى إلّا لزوم المتابعه، و قد عرفت أنّها لا تقتضى شيئا.

و بالجمله؛ فهذا الوجه أيضا لا يثمر شيئا، و هكذا ما أشار إليه فى «العروه» الّذى يصير فى الحقيقه وجها ثالثا، و هو أنّ التقدّم فى أثناء قراءه الإمام لمّا يوجب فوات القراءه بنفسها و بدلها عمدا فلذلك تبطل الصلاه.

و فساد ذلك يظهر ممّا ذكرنا فى الوجه الأوّل، حيث إنّ فوت القراءه ببدلها إنّما يتوقّف على أن يكون قيام المأموم معتبرا عند قراءه الإمام، و إلّا فلا بدليّه، و قد عرفت عدم تماميّه ذلك و أنّ الإمام يتحمّل قراءه المأموم بما لها من الشرائط و لذلك يجوز له جرّ رجليه عند قراءته مع أنّ الاستقرار شرط فيها.

فعلى هذا؛ مقتضى القاعده فى الفروع المتقدّمه ما ذكرنا، و أنّه لا فرق فى التقدّم بين أن يكون قبل تماميّه قراءه الإمام أو بعدها.

ما هو مقتضى القاعده فى المتابعه؟

ثمّ إنّه ظهر من مطاوى ما ذكرنا ما هو الأصل فى المسأله، و أنّ مقتضى القاعده فى صوره التقدّم على الإمام فى الركوع أو السجود فيما إذا كان عن سهو و يجب فيه العود، أىّ شى ء هو؟ و قد أشرنا إلى أنّ الركوع هو الّذى يتحقّق أوّلا، و الثانى لا يجب إلّا للمتابعه، فليس هو ركوعا و لا كلاهما ركوعا واحدا، فكأنّه استمرار للأوّل، و ذلك؛ لأنّه ليس لنا دليل يقتضى جواز الرجوع و وجوبه فى صوره السهو إلّا الأخبار الخاصّه المتقدّمه و شى ء منها لا يدلّ على أحد الوجهين، حيث إنّ أصرحها هى روايه الأشعرى لاشتمالها على قوله عليه السّلام: «يعيد

رکوعه معه» (۱)، و هـذا لا یـدلّ علی أنّ ما وقع أوّلا هو فعل لغو، و هو لیس برکوع أو أنّه و الثانی الّذی یأتی به، کلاهما بمنزله رکوع و کأنّ الفصل لم یقع، بل غایه مدلول ذلک وجوب إعاده الرکوع للمتابعه.

و بعباره اخری: لیس مـدلول تلک الأخبار إلّا حکم نفسـیّ تعبّـدیّ لا نفی عنوان الرکوع أو السـجود عن فعل المکلّف (المأموم) فیمـا إذا تخلّف عن الإمام، و هکـذا قـد تبیّن أنّ صـدق هـذه العناوین علی فعل المأموم و صـحّتها لا یتوقّف علی فراغ الإمام من قراءته، فحینئذ مقتضـی القاعده إنّما یصدر عن المأموم و یصـلح أن یکون رکوعا أو سجودا، وقوعهما و تحقّقهما سواء کان قبل فعل الإمام أو بعده.

فعلی هـذا؛ فی الفروع المتقـدّمه- أی إذا فرضـنا أن یکون ذکره الواجب فی الرکوع الّذی یأتی به أوّلا أو السـجود کذلک فات سهوا- فلاـ یبقی محـلّ لتـدارکه حتّی یقـال: إنّه یـأتی به فی الرکوع أو السـجود الّـذی یعیـدهما، لأـنّ المفروض أنّهمـا لیسا فعلا صلاتیا، و لا یضـرّ فوت الذکر حینئذ شـیئا، و لذلک لو اتفق أنّه إذا شـرع المأموم بالعود و الإمام رفع رأسه منهما فلا یجوز له أن یأتی بهما، و لا یضرّه ترک الذکر شیئا قطعا.

الأفعال المختصّه بالإمام فی الجماعه

هـذا تمـام الکلاـم فی الأفعـال الّتی یشترک المـأموم فیها مع الإمام، و قـد اتّضـح حالها بحمـد اللّه تعالی و هو ولیّ التوفیق، و أمّا بالنسبه إلی الأفعال الغیر المشترکه

۱- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۹۰ الحدیث ۱۰۹۸۳.

و المختصّه بالإمام، فهل يجرى دليل المتابعه فيها أيضا، أم لا؟

فنقول: إنّ الأفعال المختصّه به على أقسام؛ فإمّا أن يكون ما يأتى فى خارج الصلاه، و إمّا أن يأتى بها فى أثنائها، و هذا لا يخلو عن وجوه، فإمّا أن يكون فعل يعدّ زياده يوجب بطلان صلاه الإمام مطلقا، أو ليس كذلك، بل إبطاله مختصّ بما لو أتاه تعمّدا.

ثمّ إنّ ذلك تاره يكون فعلا صلاتيّا مشتملا على زياده، و اخرى ليس كذلك.

أمّا القسم الأوّل؛ و هو كسجده السهو الّتى يأتى بها الإمام بعد الصلاه لحصول موجبها عنه فى أثنائها، فهذا لا إشكال فى عدم وجوب المتابعه فيها لعدم الدليل.

و توهّم جريان قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «إنّما جعل الإمام إماما ليؤتمّ به» (۱) .. إلى آخره؛ فيها، كما ترى.

و أما فى صور القسم الثانى؛ ففى الاولى منها فالحكم واضح أيضا، و هو مثل ما إذا زاد الإمام ركوعا فى صلاته، و فى الثانيه منها أيضا بديهىّ أنّه لا يجب على المأموم متابعه الإمام، و هو كما إذا كان الإمام يأتى بسجده واحده زائده سهوا، أو تشهّد كذلك، حيث إنّ هذه الزياده بالنسبه إلى الإمام و إن كانت سهويّه و لكنّها بالنسبه إلى المأموم- المفروض أنّه لو أتى بها كانت عمديّه- لا دليل على اغتفارها.

و ذلك؛ لأنّه أمّا الأدلّه العامّه مثل قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «إنّما جعل الإمام إماما» ..

إلى آخره، فهى ليست بمشرّعه حتّى تكون حاكمه على أدلّه الزياده، بل غايه

۱- سنن ابن ماجه: ۱/ ۲۷۶ الحديث ۸۴۶.

مدلولها أنّه يجب المتابعه بالنسبه إلى الأفعال الصلاتى الّتى هى وظيفه المأموم أيضا فيتبعه فيها.

و أمّا الأخبار الخاصّه المتقدّمه الدالّه على وجوب العود فيما إذا تقدّم على الإمام فهى إنّما تدلّ على اغتفار الزياده فى الصور المذكوره فيها من التقدّم فى الركوع أو السجود لا مطلق الزياده، فهى أيضا ليست بمشرّعه حتّى تثمر بالنسبه إلى أمثال ما نحن فيه، كما لا يخفى.

و أمّا الصوره الثالثه؛ و هى مثل ما إذا كان الإمام يأتى بتشهّد زائد سهوا أو يأتى بقنوت كذلك، أو كان جزءا واجبا على الإمام فقط دون المأموم، كما إذا كان المأموم مسبوقا، بأن كانت له الركعه الاولى أو الثالثه، و للإمام الثانيه أو الرابعه، فهنا قد يكون خفاء فى المسأله من حيث إنّ لزوم المتابعه يقتضى أن يقف المأموم مع الإمام فى حال ثبوته، و هكذا أن يجلس معه فى حال التشهّد؛ لأنّ المفروض أنّه فعل صلاتىّ من حيث إنّه إمّا قيام طال لاشتغال الإمام بالقنوت، و إمّا جلسه الاستراحه، و إن لم يكن بخصوص عنوان التشهّد أو القنوت فعلا صلاتيا، أمّا بالنسبه إلى كلتيهما كما فى صوره سهو الإمام، و أمّا بالنسبه إلى المأموم خاصّه كما إذا كان مسبوقا، و لكن من حيث إطاله القيام أو جلسه الاستراحه فعل لهما، بحيث لا يجوز للمأموم التخلّف عن الإمام مطلقا، فلذلك قد يستشكل و يتوهّم أنّه يجب على المأموم متابعه الإمام فيهما و إن لم يجز عليه نفس الفعل.

هذا، و لكنّه فاسد حيث إنّه تقدّم أنّ القيام و هكذا الجلوس الّذى فعل صلاتى أنّهما هما فى الجمله لا مطلقا بحيث يكون القيام الّذى يأتى به الإمام من

أوّله إلى آخره فعلا- صلاتيّا يجب على المأموم من هذه الجهه أيضا، بل عدم جواز رفع يد المأموم عنه إنّما يكون لعدم جواز تقدّمه على الإمام إلى الركوع و هكذا من الجلوس إلى القيام.

فعلى هذا؛ لا يبقى شى ء يدلّ على لزوم المتابعه فى هذه الصوره، لأنّه أمّا الأدلّه العامّه مثل قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «إنّما جعل الإمام» (۱) .. إلى آخره، فقد عرفت أنّها مختصّه بالأفعال المشتركه كما يظهر من صدرها و ذيلها، و أمّا غيرها فالمفروض فقده، فحينئذ لا يجوز على المأموم فى الفروع المذكوره مطلقا التقدّم على الإمام فى الركوع أو القيام من جلوس، و أمّا متابعته فى نفس الأفعال فلا.

نعم؛ بالنسبه إلى المأموم المسبوق و أنّه هل يجب عليه الجلوس فى حال تشهّد الإمام منفرجا أو غيره؟ وردت روايات خاصّه (۲) يأتى البحث فيه فى أحكام الجماعه إن شاء اللّه تعالى.

شرائط الإمام

اشاره

البحث الرابع: فى شرائط الإمام و هى امور:

الإسلام و الإيمان، فهما ممّا لا كلام فيهما موضوعا و حكما أصلا.

ثالثها: طهاره المولد، و هى أيضا فى الجمله ممّا لا إشكال، فإنّ الأخبار و إن لم يرد فيها إلّا مثل قوله عليه السّلام: «لا تصلّ خلف ابن الزنا» (۳) إلّا أنّه لا يبعد أن

۱- مرّ آنفا.

۲- وسائل الشيعه: ۸/ ۳۹۲ الباب ۴۹ و ۴۱۶ الباب ۶۶ من أبواب صلاه الجماعه.

۳- وسائل الشيعه: ۸/ ۳۲۱ الحديث ۱۰۷۸۴ مع اختلاف يسير.

یکون المراد بها من لم یعرف حاله، کما فهم الأصحاب کذلک أیضا، فحینئذ لا یجوز الصلاه خلف مجهول الحال إذا لم یکن فی البین أصل أو أماره بهما یحرز حاله، فتأمّل!

رابعها: العداله و یقع فیها البحث من جهات:

الاولی: أنّه هل المستفاد من الأخبار اشتراطها، أو مانعیّه الفسق، أو الاقتراف فی المعاصی و نحوهما؟ الأقوی الأوّل، کما علیه المشهور، بل کاد أن تکون المسأله إجماعیّه.

و ذلک؛ لأنّه و إن کان فی جمله من الأخبار ورد أنّه: «لا تصلّ إلّا خلف من تثق بدینه و أمانته (۱)» (۲) أو أنّه: «قدّموا خیارکم» (۳) و نحوهما (۴)، إلّا أنّه مضافا إلی أنّ المراد بأمثالها أیضا أن یکون موثوقا به فی عمله و متدیّنا فیه، روایه سماعه (۵) الّتی فی غایه الاعتبار صریحه فی اشتراط العداله، و هکذا الإجماعات المنقوله بحدّ الاستفاضه الّتی هی کاف فی المسأله، فتأمّل! بل و لو بنی علی اعتبار روایه

۱- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۰۹ الحدیث ۱۰۷۵۰.

۲- و هی و إن کانت فی ذیلها ما یشعر بکون المراد بالعدل فی مقابل الإمام الّذی یکون من العامّه إلّا أنّ صدرها مطلقه فی أنّ الإمام یعتبر فیه العداله منّا أو من غیرنا کما فهم الأصحاب کذلک أیضا. مضافا إلی أنّ الشیخ رحمه اللّه فی تهذیبه نقل روایه صریحه فی المطلوب (تهذیب الأحکام: ۳/ ۲۹۳ الحدیث ۷۵۵) و قد نقله شیخنا قدّس سرّه دلالتها و إن ناقش فی الأولی و کذلک الثانیه، بل قوی أنّه فی الأخبار لیس ما هو یصرّح بالعداله، فراجع! (کتاب الصلاه للشیخ الأنصاری: ۷/ ۲۵۰ و ۲۷۴) «منه رحمه اللّه».

۳- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۱۵ الحدیث ۱۰۷۷۰.

۴- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۱۳ الباب ۱۱ من أبواب صلاه الجماعه.

۵- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۱۵ الحدیث ۱۰۷۷۲.

السیّاری (۱) یستفاد منها فوق العداله، کما لا یخفی.

الثانیه: الأقوی أنّ العداله شرط فی الإمام بالنسبه إلی المأمومین لا نفسه، لأنّها أمر راجع إلیهم و لا ربط [لها] بوظائف الإمامه أصلا، و إنّما یکون فی الجماعه ما هو قوام بالنسبه إلیه أن یقف فی محلّ یمکن للمأمومین أن یأتمّوا به و إلّا فسائر الجهات من شرائط الإمامه و الجماعه راجعه إلیهم، فلو لم یر الإمام نفسه عادلا- لا- بأس علیه بأن یعرض نفسه للجماعه، و لذلک بناؤهم الالتزام بتحقّقها مطلقا، حیث لم یثبت أن یشکل أحد فی جواز رجوع الإمام إلی المأمومین فی شکوکه فی الصلاه، إذ لا یری نفسه عادلا- و هکذا فی صلاه الجمعه الّتی یکون العدد فیها معتبرا ففیما إذا کان الإمام أحد السبع الّذین بهم یتحقّق شرط الجمعه؛ فلو لم یکن الإمام یری نفسه لیس یلتزم أحد بعدم تحقّق الجمعه حینئذ لفقد الشرط، و غیر ذلک من آثار الجماعه.

فمنها یستکشف أنّ العداله شرط راجع إلی المأمومین، و یکون أمرا إحرازیّا لا واقعیّا حتّی لو لم یکن فی الواقع محقّقا یضرّ بصلاه الإمام أو المأمومین، کما یدلّ علی ذلک ظواهر أدلّه المقام مثل قوله علیه السّلام: «لا تصلّ إلّا خلف من تثق به» (۲) حیث جعل الوثوق به تمام الموضوع، و کذلک قصّه الصلاه وراء الیهودی من خراسان إلی الکوفه، کما فی روایه ابن أبی عمیر (۳)، صریحه فی المطلوب.

و بالجمله؛ مضافا إلی أنّ الأصل فی أمثال المقامات- کما سنشیر إلیه- أن

۱- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۱۶ الحدیث ۱۰۷۷۵ و ۳۴۹ الحدیث ۱۰۸۷۴.

۲- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۱۵ الحدیث ۱۰۷۷۱، و فیه: من تثق بدینه.

۳- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۷۴ الحدیث ۱۰۹۴۱.

يكون الشرط إحرازيّا لا واقعيّا أنّ الأدلّه الخاصّه فى المقام مساعد مع الجهتين:

إحداهما: عدم اعتبار العداله بالنسبه إلى صحّه صلاه الإمام و تحقّق الجماعه، بل إنّما هى شرط بالنسبه إلى المأمومين.

ثانيتهما: الّتى هى لازم الاولى تقريبا عدم الاشتراط بالنسبه إليهم واقعيّا، بل شرط إحرازىّ، لما سمعت من الوجوه، خصوصا مرسله ابن [أبى] عمير (۱) الّتى بمدلولها شاهده للثانيه، و ببركه ترك الاستفصال للاولى، فتأمّل!

و أمّا روايه السيّارى (۲) الّتى قد يتمسّك بها لإثبات العداله الواقعيّه، فهى- مع الغضّ عمّا فى سندها- روايه مجمله لا يستظهر منها شى ء؛ لمكان أنّ روايته الاولى يستفاد منها اعتبار أمر فوق العداله، و لا يلتزم به أحد، و الثانيه مجمله رأسا، لأنّه لم يعلم المراد به بقوله عليه السّلام: «إن كانت قلوبهم واحده فلا بأس» أىّ شى ء هو؟

هذا كلّه؛ مع أنّ صلاه الجماعه الّتى ورد الترغيب بها كثيرا غايه الكثره لا تناسب اشتراط هذا الأمر فيها واقعا لأنّه نادر جدّا أحد يرى نفسه عادلا بينه و بين اللّه، كما لا يخفى.

ثمّ إنّه وقع لصاحب «الجواهر» قدّس سرّه فى المقام كلام لا يخلو من الغرابه، فإنّه حيث سلّم عدم اعتبار العداله الواقعيّه فى الإمام لعدم كون الإمامه من المناصب الّتى يعتبر فيها العداله و لا يجوز للفاسق القيام عليها، قال: بل و كذلك مسأله الإفتاء فلا يعتبر فى المفتى أيضا العداله حتّى فيما لو حصل للمستفتى الظنّ

۱- مرّت آنفا.

۲- مرّت آنفا.

بصدق إخباره یجوز تقلیده، و إن کان فاسقا (۱).

وجه الغرابه: أنّه أیّ منصب أعظم من مسأله تولّی الإفتاء؟ مع أنّه قال علیه السّلام لأبان: «اجلس أفت الناس فإنّی أحبّ أن یری فی شیعتی مثلک» (۲) حیث خصّ علیه السّلام هذه الوظیفه بمثل أبان.

و أظهر منه ما فی «الاحتجاج» عن «تفسیر العسکری علیه السّلام» (۳)، بل المستفاد من الأوصاف الأربعه المذکوره فیها کون العداله [شرطا].

هذا کلّه؛ مع أنّه لیس لنا إطلاق أصلا یمکن التمسّک به فی باب التقلید بالنسبه إلی غیر القدر المتیقّن کما لا یخفی.

و هکذا مسأله القضاء فإنّه مضافا إلی کونه منصبا یستفاد من مقبوله عمر ابن حنظله (۴) صدرا و ذیلا أنّ اعتبار العداله أمر مسلّم، و هکذا یدلّ علیه قوله علیه السّلام:

«لا یجلسه إلّا نبیّ أو وصیّ أو شقیّ» (۵).

و أمّا باب الشهاده، فهی لمّا کان من صغریات قاعده الإحراز فالمناط فیها العداله الظاهریّه.

توضیح ذلک: أنّه فی الموارد (۶) الّتی اعتبر إحراز العداله و غیرها من

۱- جواهر الکلام: ۱۳/ ۲۷۸.

۲- مستدرک الوسائل: ۱۷/ ۳۱۵ الحدیث ۲۱۴۵۲، و فیه: اجلس فی مسجد المدینه.

۳- الاحتجاج: ۲/ ۵۲، وسائل الشیعه: ۸/ ۳۱۷ الحدیث ۱۰۷۷۷.

۴- وسائل الشیعه: ۲۷/ ۱۰۶ الحدیث ۳۳۳۳۴.

۵- وسائل الشیعه: ۲۷/ ۱۷ الحدیث ۳۳۰۹۱، و فیه: أو وصیّ نبیّ.

۶- ما أفاده هنا- دام ظلّه- و إن أصرّ علیه فی موارد اخر أیضا إلّا أنّه من حیث الکبری و الصغری لا یخلو عن التأمّل کما یظهر بالمراجعه إلی کلمات الأصحاب فی مظانّها، فتدبر! و الظاهر أنّ الأمر مسلّم عندهم بالنسبه إلی باب متولّی الأوقاف و هکذا فی باب الأولیاء، و إن عثرنا علی مورد نقض بالنسبه إلیهم، فإنّ ظاهر الأصحاب فیما لو زوّج الولیّ الصغیره من به أحد العیوب السبعه مع العلم و المصلحه أنّه إذا کبرت لها الخیار، و أمّا فی باب الشهود فی الدعاوی و المرافعات فبناؤهم مطلقا علی أنّه إذا تبیّن فسق الشاهدین نقض الحکم. مع أنّه یمکن تقریب ما أفاده- دام ظلّه- بالنسبه إلیه أیضا، حیث إنّه أو کل عنوان أمر عداله الشهود إلی شخص و هو الحاکم، فتدبّر! «منه رحمه اللّه».

العناوین مثل المصلحه فی التصرّف فی مال الصغیر أو المسافه فی توجّه تکلیف القصر؛ نظر المحرز یکون تمام الموضوع فی إثبات الحکم المترتّب علی تلک الامور، لأنّه إذا اوکل عنوان إلی شخص و خوطب به فلازم ذلک عرفا أن یکون إحرازه لذلک العنوان موضوع الحکم و منشأ الأثر.

و منها؛ مسأله عداله الشهود المستفاد من قوله تعالی: وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ (۱) و غیره، فالمناط فیها العداله عند المطلّق، سواء کان هو الزوج أو الوکیل المفوّض إلیه، فلو کان الشهود عنده عدولا یکفی، و لو لم یحرزه الزوج بنفسه، فلا فرق بینه و بین ما نحن فیه، غایته أنّ هنا الأخبار الخاصّه مثل قوله علیه السّلام: «لا تصلّ إلّا خلف من تثق به» (۲) موافقه أیضا لما تقتضیه القاعده فی أمثاله.

و بالجمله؛ فی الموارد المذکوره لمّا کان اعتبار العناوین مثل العداله و الوثوق و المصلحه و نحوها بما لها من الواقع یوجب الهرج و المرج و لا تستقرّ الامور أصلا؛ فهی بنفس إحرازها تکفی و تترتّب الآثار علیها مطلقا.

و من العجب أنّ فی «الجواهر» ألحق مسأله الشهود فی الطلاق إلی باب

۱- الطلاق (۶۵): ۲.

۲- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۱۵ الحدیث ۱۰۷۷۱، و فیه: من تثق بدینه.

المناصب و اعتبر فیها العداله الواقعیّه (۱)، مع أنّه أنکرها فی المفتی مطلقا (۲)، کما سمعت و اللّه العالم.

حقیقه العداله

الجهه الثالثه: فی حقیقه العداله، و قد نقل فیها أقوال ثلاثه: من کونها الملکه الباعثه علی ترک المعاصی أو نفس ترک المعاصی، و لو لم تکن عن ملکه، أو الملکه الملازمه مع ترکها فعلا.

فهذه الأقوال الثلاثه هی الّتی یمکن عدّها اختلافا و قولا فی حقیقه العداله، و أمّا القولان الآخران فالظاهر أنّهما لیسا اختلافا فیها، کما استظهر کذلک شیخنا قدّس سرّه، و غیره من کلماتهم (۳).

من أنّها هی الإسلام، أو مطلق حسن الظاهر، إنّما هما اختلاف فی طریق العداله، کما یدلّ علیه کلمات القائلین بهما، ففیها شواهد علی أنّ من عبّر عنها بهما فلیس مراده أنّ حسن الظاهر أو ظهور الإسلام هما نفس العداله.

هذا؛ بل نقول: إنّ الأقوال الثلاثه الاولی أیضا راجعه إلی واحد، و إنّ العداله لیست إلّا الملکه الباعثه علی ترک المعاصی فعلا، لا أحدهما فقط، و لیس أحد من أصحابنا یلتزم بالتفکیک، و ذلک لأنّه ما أظنّ أحدا یلتزم بأنّ من له ملکه العداله و لم یکن فعلا مجتنبا عن المعصیه باقیا علی عدالته، و هکذا عکسه.

۱- جواهر الکلام: ۱۳/ ۲۷۹.

۲- جواهر الکلام: ۱۳/ ۲۷۸.

۳- کتاب الصلاه للشیخ الأنصاری: ۷/ ۲۴۸.

فأیضـا لاـ یلتزم أحـد بأنّ من لم یکن ذا ملکه و لکن اتّفق أنّه ترک المعاصـی برهه من الزمان إما لعـدم المقتضـی لها أو لوجود الموانع؛ أنّه عـادل، فمن هنـا یسـتکشف أنّ من عـبّر عن العـداله بأحـد الأـمرین فلیس بنـاؤه علی التفکیـک، بـل إنّمـا عبّر بـأحد المتلازمین أو وقعت المسامحه فی التعبیر.

و بـالجمله؛ فالظـاهر أنّ العـداله عنـد الجمیع هی عبـاره عـن کلاـ الأـمرین، مـن البـاعث، و هـو الملکه، و المنبعث، و لاـ یکتفی بأحدهما.

و أمّا ما یتوهّم من أنّ صدور المعصیه لمّا لا یضرّ بالملکه إذا تعقّبت بالتوبه فیمکن الالتزام بالتفکیک و البناء علی أنّ العداله هی نفس الملکه؛ ففیه أنّه لاـ إشـکال فی أنّ التوبه توجب عـدم مضـرّیّه المعصـیه، و إلّـا فما لم یتب العـداله زائله، و أمّا إذا تاب فلمّا یصـدق الترک فعلاـ فمحکوم بالعـداله فعلاـ و لکن لاـ مطلقا، بل فیما إذا کان ترکه سابقا مسـتندا إلی الملکه، فالأمران من کلا الطرفین متلازمان، کما لا یخفی.

فعلی هـذا؛ العـداله عبـاره عن قوّه نفسـانیّه باعثه للملازمه علی التقوی الموجبه للاجتناب عن محارم اللّه، و القیام بأوامره عاده، و احترزنـا بالأـوّل عن أنّهـا لیست صـرف الاجتناب، کما أنّه من القیـد الثانی یسـتفاد لزوم الاجتناب عن المعصـیه فعلا، و أردنا من الثـالث الاـحتراز عمّـا یصـدر عن العبـاد فی بعض الأوقـات ما هو الخارج عن العاده البشـریّه بحیث یحتاج إلی إکمال نفس فوق العـاده یقرب إلی افـق العصـمه حتّی یحـترز الشـخص عمّـا یتقـدّم إلیه مثـل مـا وقع من السؤال و الجواب بالنسـبه إلی المقـدّس الأردبیلی قدّس سرّه (۱).

۱- روضات الجنّات: ۱/ ۸۹ و ۹۰.

فهنـا امور أربعه من أنّ القوّه الّتی تعتبر هی القوّه العادیه لا ما یقرب إلی افق العصـمه، و أنّ الامور الّتی لا بـدّ من أن یجتنب عنها هی أیضا تکون من الامور (۱) العادیه بحیث یمکن التحرّز عنها لنوع الناس.

و هـذان الأمران وجههما واضـح، ضـروره أنّ العداله هی الأمر الّذی تعمّ به البلوی کما وردت من الترغیبات الکثیره بالنسبه إلی صلاـه الجمـاعه و کـذلک أمر محتـاج إلیها بالنسبه إلی سائر المقامات لباب الشـهادات للمرافعات و الطلاق و غیرها، فحینئـذ لا یمکن أن تکون هی أمرا وجودهـا کالعنقاء، بل لا بـدّ و أن تکون أمرا تناله الیـد غالبا، فهی من حیث الباعث و المنبعث لا مجال لاعتبارها أزیـد ممّا هو مجری العاده، بأن تکون المعصـیه ناشـئه عن الدواعی العادیه، فحینئذ یضـرّ بالعداله و إن لم یوجب زوال الملکه، لأنّها بمرّه واحده من المعصیه لا تزول، و إلّا جعل العداله مرکّبه من أمرین غلط، بل تکون هی الملکه فقط.

الأمر الثالث: مسأله اعتبار وجود الملکه فعلا بحیث تزول بالمعصیه.

و الرابع: أنّها تعود بالتوبه، فهی توجب بقاء عداله من کان مسـبوقا بالملکه لا مطلقا، کما أنّ قوله علیه السّـلام: «التائب عن الذنب کمن لا ذنب له» (۲) ناظر إلی ذلک أیضا.

و بـالجمله؛ فعلی الملازمه الّتی ادّعیناها بین الملکه و الاجتناب الفعلی فی حقیقه العـداله و حملنا علیها کلمات الأصـحاب أیضا، فالنزاع فی أنّها هی الملکه

۱- و إن کانت المعصیه مطلقا توجب زوال العداله و إن لم تضـرّ بالملکه، و کذلک لا بدّ من التوبه، کما هو واضح، «منه رحمه اللّه».

۲- وسائل الشیعه: ۱۶/ ۷۴ الحدیث ۲۱۰۱۶ و ۷۵ الحدیث ۲۱۰۲۲.

الباعثه أو الاجتناب المنبعث عنها یکون بحثا علمیّا، و لا یترتّب علیه أثر عملی.

ثمّ إنّ البحث فی استفاده ما ذکرنا من الأدلّه، فنقول- و من اللّه التأیید-: إنّ الأقوی و الأظهر من الأدلّه بالنسبه إلی ما نحن فیه هو روایه عبد اللّه بن أبی یعفور (۱) الّذی هو من أجلّاء الأصحاب، و قد ورد توصیفه عن المعصوم بما لا یرد لغیره (۲).

و کیف کان؛ لا مناقشه فیها سندا أصلا، و دلالتها علی المطلوب واضحه المطلوب، و ذلک؛ لأنّ ظاهر السؤال عن الراوی فی صدرها أنّه «بم تعرف عداله الرجل بین المسلمین؟» .. إلی آخره، هو السؤال عن «ما» الحقیقیّه علی اصطلاح أهل المعقول و الاستعلام عن حقیقه المفهوم، فأجاب عنه الإمام علیه السّلام أوّلا: «بأن تعرفوه بالستر و العفاف».

و من المعلوم؛ أنّ المراد بالستر فی المقام لیس الاستتار الظاهری، بل المراد منه هی الحاله النفسانیّه الّتی یعبّر عنها بالحیاء الّذی إذا وجد فی العبد یستحیی من اللّه تعالی فیجتنب عمّا یسخطه، کما یدلّ علی ذلک ما أردفه بقوله علیه السّلام: «و العفاف» فهذه هی الّتی نعبّر عنها بالملکه، ثمّ قال علیه السّلام و عطف علیه قوله: «و کفّ البطن و الفرج» و البطن فی هذا تتمّه لما سبق، و أنّه مضافا إلی الصفه النفسانیّه الباعثه علی ترک المناهی یعتبر عدم صدورها فعلا اختیاریّا، بأن یکفّ جوارحه عن المحرّمات، فدلاله هاتین الفقرتین علی المطلوب واضحه، و لا یحتاج إثباته و استظهار أنّ فی العداله یعتبر الأمران إلی مئونه زائده و تطویل بلا

۱- وسائل الشیعه: ۲۷/ ۳۹۱ الحدیث ۳۴۰۳۲.

۲- جامع الرواه: ۱/ ۴۶۷.

طائل، کما صنعه الشیخ قدّس سرّه فی المقام (۱).

ثمّ إنّه علیه السّلام ما اکتفی بذلک- أی بیان حقیقه العداله و ما هو محقّق لها واقعا- بل بیّن علامه لها إمّا من جهه اشتمال السؤال عنها أو أنّه علیه السّلام بنفسه أبدع فقال:

«و تعرف باجتناب الکبائر الّتی أوعد اللّه تعالی علیها النار» (۲) أی یعرف الأمران بذلک، فهذه علامه للمعرّف و لا ربط له بالمعرّف أصلا حتّی یشکل الأمر من جهه کونها مخالفه لما ذکره علیه السّلام أوّلا، أو غیرها، کما قد یتوهّم.

هذا تمام الکلام فی حقیقه العداله، و أمّا مسأله اعتبار المروّه و عدمها فسیأتی البحث فیها.

تحدید الکبائر و بیان الإصرار علی الصغائر

بقی الکلام فی تحدید الکبائر الّتی انیطت العداله بالاجتناب عنها، و لقد أحسن شیخنا قدّس سرّه فی تحقیق هذه المسأله، حیث جعل الضابط لها أحد الوجوه الخمسه (۳) فهی الّتی تسلم عن الإشکال طردا و عکسا، إذ من تقدّم علیه اکتفی ببعضها فحینئذ أورد بعدم الجامع أو عدم المانع (۴)، فهو إذا جعل جمیع الخمسه الّتی ثلاثه منها یرجع إلی تعیّنها بالنصّ الصریح، و واحدها بحکم العقل، و الآخر بالاستفاده من الدلاله الالتزامیّه من النصّ و هو ما ورد النصّ بعدم قبول شهاده من ارتکبه، أو عدم جواز الصلاه خلفه و غیر ذلک ممّا یعتبر فیه العداله، حیث إنّ ذلک

۱- المبسوط: ۸/ ۲۱۷.

۲- وسائل الشیعه: ۲۷/ ۳۹۱ الحدیث ۳۴۰۳۲.

۳- کتاب الصلاه للشیخ الأنصاری: ۷/ ۲۶۶.

۴- کتاب الصلاه للشیخ الأنصاری: ۷/ ۲۶۶.

من قبيل عكس النقيض يكشف عن أنّ العمل الّذى ارتكبه يضرّ بالعداله فيعتبر عدمه فيها.

و من المعلوم؛ أنّه حينئذ لا يرد شـى ء على التحديد كما هو واضح، فلقد أجاد قدّس سـرّه حيث رفع الإشـكال و الاختلاف رأسا (۱).

و إنّما الإشكال فى تحديد الإصرار بالصغيره الّتى هى أيضا تضرّ بالعداله و تعدّ من الكبائر، كما نصّ عليه الأخبار (۲)، فهل يعتبر فى تحقّق الإصـرار تكرّر الفعـل خارجـا، بـأن يكون باقيـا على معناه العرفى، أو يتحقّق بصـرف العزم على التكرّر، أم يكفى عـدم تعقّب الصـغيره بالنـدم و التوبه؟ فهـذه هى الوجوه المحتمله، و الّـذى يبـدو فى النظر هو الاحتمال الأخير لأنّ ترك التوبه معصـيه فيتحقّق الإصرار بنفسه إذا لم يتعقّب المعصيه به.

و لكنّ الإشـكال فى أنّ وجوب التوبه بحكم العقل أو الشـرع، و ليس للشـرع تصـرّف فيه، و قـد جعلنا فى محلّه الضابط للأحكام العقليّه المسـتقلّه أنّه كلّمـا كـان الحكم منجعلاً بالـذات، بحيث كـان سـائر التكـاليف بالنسـبه إليه غيريّا و لولاـه لم تجب كباب الإطاعه، حيث إنّها أمر عقلىّ لزوم امتثال التكاليف يتوقّف عليها و حكم العقل بها، و لـذلك لا يترتّب عليها من الثواب و العقاب سوى مـا يترتّب على نفس التكليف الممتثـل و تركه، فمثـل ذلـك من الأحكام العقليّه الّتى منجعله بالـذات، نظير حجيّه القطع و تعلّق الحكم الشرعى بها غير معقول.

فحينئذ مسأله لزوم التوبه إن كانت من شئون الإطاعه، كما هو الظاهر،

۱- كتاب الصلاه للشيخ الأنصارى: ۷/ ۲۶۶.

۲- وسائل الشيعه: ۱۵/ ۳۲۹ الحديث ۲۰۶۶۰ و ۳۳۱ الحديث ۲۰۶۶۳، و ۳۳۵ الحديث ۲۰۶۷۴.

حیث إنّها إمّا من جهه حطّ الذنب السابق بها، و إمّا من جهه الرجوع بها إلی الطاعه، حیث إنّ بالمعصیه خرج عنها، و کلاهما من سنخ الإطاعه و لا یترتّب لا علی الأوّل و لا علی الثانی عقاب علی ترکه سوی ما یترتّب علی الذنب الصادر أوّلا.

و أمّا الاحتمال الثالث بأن تکون التوبه بنفسها مطلوبه حتّی یجب تعبّدا، فلا دلیل علیه.

و بالجمله؛ فتصیر التوبه من المستقلّات العقلیّه، لا من قبیل الصدق الّذی قابل لأن یتعلّق به التکلیف المولوی، فعلی هذا ترک التوبه عن الصغائر- لو سلّمنا أنّه یلزم ذلک- مع أنّ فیه ما سیجی ء من أنّه لا عقوبه علی الصغائر یشکل کونه معصیه حتّی یصدق الإصرار به الّذی هو المدّعی، إلّا أن یقال: إنّ صدق الإصرار به لا یتوقّف علی کون الترک بنفسه معصیه، بل یکفی لصدقه إمّا استکشافه عن بناء التارک علی الاستمرار علی المعصیه الّتی أتی بها، و إمّا لترکه ما یستحسنه العقل و یلزم من الرجوع إلی المولی بالتوبه بعد الانقطاع عنه، فتأمّل!

هذا؛ مضافا إلی أنّه جمله من الأخبار نطقت بلزوم التوبه من الصغیره و أنّ ترکها إصرار (۱)، حیث إنّ بعضها و إن کان ظاهرها الاختصاص بالکبیره، و لکن بعضها مطلقه دالّه علی أنّ ترک التوبه إصرار علی المعصیه، کما أنّ فعلها ترک الإصرار، فحینئذ یتحقّق الوجوب الشرعی للتوبه عن الصغائر.

و لکن الإشکال أوّلا: فی استلزام الصغائر العقاب حتّی یلزم التوبه، مع أنّه

۱- وسائل الشیعه: ۱۵/ ۳۳۷ الباب ۴۸ من أبواب جهاد النفس.

قال اللّه تعالی: إِنْ تَجْتَنِبُوا کَبٰائِرَ مٰا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُکَفِّرْ عَنْکُمْ سَیِّئٰاتِکُمْ (۱).

و ثانیا: قد عرفت أنّ ملاک التوبه هو الأمر العقلی الّذی یرجع إلی شئون الإطاعه، فلا موقع لتعلّق التکلیف المولوی به لکونه تحصیلا للحاصل، فلا بدّ من حمل الأخبار الداله علی لزوم التوبه (۲) علی الإرشاد (۳).

ثمّ إنّه یقع الکلام فی صدق الإصرار عرفا و أنّه لا بدّ من تکرّر الفعل فی الخارج أم یکفی العزم علی التکرّر؟

ثمّ إنّ ذلک هل یعمّ العزم علی الأعمّ من المعصیه الاولی و غیرها، أو یختصّ بالعزم علی الإتیان بنوع المعصیه الاولی؟ قد جعل شیخنا قدّس سرّه المدار علی الأعمّ (۴)، مع أنه لا یخلو عن الإشکال، و بالجمله؛ أصل المسأله بعد یحتاج إلی التأمّل، و اللّه الهادی.

اعتبار المروءه فی العداله

بقی الکلام فی مسأله المروّه و أنّها هل تعتبر فی العداله ثبوتا أم لا؟ و هذا الأمر اعتباره یظهر من کلمات المتأخّرین (۵)، و أمّا الّذی علیه المتقدّمون فهما

۱- النساء (۴): ۳۱.

۲- و الّذی یسهّل الخطب؛ أمّا بالنسبه إلی الشبهه الاولی أنّ التکفیر لا یلازم عدم العقاب، إذ من یطمئنّ بنفسه أنّه یجتنب الکبائر، و أمّا بالنسبه إلی الثانیه؛ فإنّ عدم وجود الملاک الشرعی للتوبه لا ینافی کون ترکها إصرارا تعبّدا و لو لم یکن معصیه، فلا مجال لرفع الید عن الأخبار، فتدبّر! «منه رحمه اللّه».

۳- وسائل الشیعه: ۱۵/ ۳۳۷ الباب ۴۸ من أبواب جهاد النفس.

۴- کتاب الصلاه للشیخ الأنصاری: ۷/ ۲۶۶ و ۲۷۰.

۵- ذخیره المعاد: ۳۰۵، جواهر الکلام: ۱۳/ ۳۰۱.

الأمران اللذان تقدّما من الملكه و الاجتناب عن الكبائر (۱).

و كيف كـان؛ الشـأن فى اسـتظهارها من الأدلّه، و أنّها هل يعتبر فى مرحله الكاشف، أو هو و المنكشف، أم لا؟ و سـيأتى الكلام فيه و اسـتفاده بعض الساده الأجلّه إيّاها من روايه عبـد اللّه بن أبى يعفور (۲)، هـذا تمام الكلام فى المقام الأوّل و هو البحث عن حقيقه العداله فى مرحله الثبوت.

و أما المقام الثانى؛ و هو مرحله الإثبات و ما هو الكاشف عن العـداله، فنقول: إنّه قـد تقـدّم فى صـدر البحث قـد يظهر من بعض عبـارات القـدماء كالشـيخ رحمه اللّه أنّ العـداله ثبوتـا و إثباتـا بمعنى واحـد، و أنّه ليس عباره إلّا عن حسن الظاهر و عـدم ظهور الفسق (۳).

بل قد يستظهر من بعض كلماته: أنّ الأصل فى كلّ مسلم هو العداله، لأنّها ليست عباره إلّا عن الإسلام (۴).

و لكنّك قـد عرفت فى المرحله الاولى أنّه ليس الأمر كما توهّم، بل فى عباراتهم ما يكون شواهـد (۵) أنّ العداله هى الملكه، و أنّه لا بـدّ من الاجتناب من الكبائر أيضا، كما هو مـذهب الجلّ بل الكلّ، و إنّما مرادهم فى ما ذكر هو فى مرحله الكاشف، و أنّ الطريق إلى العداله ليس إلّا حسن الظاهر مثلا و عدم ظهور

۱- المبسوط: ۸/ ۲۱۷.

۲- وسائل الشيعه: ۲۷/ ۳۹۱ الحديث ۳۴۰۳۲.

۳- الخلاف: ۶/ ۲۱۷ المسأله ۱۰.

۴- الخلاف: ۶/ ۲۱۷ المسأله ۱۰.

۵- أحسن ما يكون من الشواهـد هو الّـذى أوردها قدّس سرّه فى «الجواهر» فى كتاب الطلاق (جواهر الكلام: ۳۲/ ۱۰۸- ۱۱۲)، «منه رحمه اللّه».

الفسق، و أنّ إحراز الاجتناب عن الكبائر أو غيرها ممّا سنذكر، لا يعتبر فی إثباتها.

و بالجمله؛ ینبغی البحث هنا فی مفاد الأدلّه أیضا لکونها متکفّله لهذه المرحله أیضا.

أمّا جمله من الأخبار بل کثیر و إن کانت توافق ما بنی علیه شیخ الطائفه قدّس سرّه (۱)، مثل قوله علیه السّلام: «من صلّی الخمس فی جماعه فظنّوا به کلّ خیر» (۲) أو «فظنّوا به خیرا و أجیزوا شهادته» (۳).

و قوله فی روایه اخری أنّه یقول علیه السّلام: «إذا کان الرجل لا تعرفه یؤمّ الناس یقرأ القرآن فلا تقرأ خلفه» (۴) و غیر ذلک من الأخبار الکثیره (۵) الظاهره فی ما ذکر، بل فی النبوی أنّه: «لو لم تقبل شهاده المقترفین للذنوب لما قبلت إلّا شهاده الأنبیاء [و الأوصیاء علیهم السّلام]» (۶).

و لکن لا بدّ من الخروج عن هذه الإطلاقات لظاهر روایه ابن أبی یعفور و غیره، حیث إنّ ذیله بل و ما قبله، و هو قوله علیه السّلام: «و یعرف ذلک باجتناب الکبائر التی أوعد» (۷) و قوله علیه السّلام: «و الدلیل علی ذلک کلّه أن یکون ساترا لعیوبه بحیث لا یجوز التفتیش [عنه] و إذا سئل عنه [فی قبیلته و] محلّته قالوا: إنّا لا نعرف منه إلّا

۱- الخلاف: ۶/ ۲۱۷ المسأله ۱۰.

۲- وسائل الشیعه: ۸/ ۲۸۶ الحدیث ۱۰۶۷۸، مع اختلاف یسیر.

۳- وسائل الشیعه: ۲۷/ ۳۹۵ الحدیث ۳۴۰۴۳ مع اختلاف.

۴- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۱۹ الحدیث ۱۰۷۸۱، مع اختلاف یسیر.

۵- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۱۳ الباب ۱۱ من أبواب صلاه الجماعه.

۶- وسائل الشیعه: ۲۷/ ۳۹۵ الحدیث ۳۴۰۴۴ و هو عن الصادق علیه السّلام.

۷- وسائل الشیعه: ۲۷/ ۳۹۱ الحدیث ۳۴۰۳۲، مع اختلاف یسیر.

خيرا» (۱) .. إلى آخره؛ لأنّه بعد أن بيّن الإمام عليه السّلام حقيقه العداله فذكر له طريق إثباتها أيضا بما ذكر من الفقرتين بإحراز الاجتناب عن المعاصى و ستره عيوبه، و هكذا غيرها من الأخبار الّتى دالّه على اعتبار الإحراز.

فمن هذه الجهه لا إشكال فى المسأله، إنّما الكلام فى أنّ الإحراز اعتباره من باب التعبّد أم من جهه الوثوق؟

و بعباره اخرى: أنّه مضافا إلى إحراز الاجتناب و الستر هل يعتبر حصول الوثوق و الظنّ بوجود الملكه أيضا؟ أمّا بالنسبه إلى المقام و عداله الإمام فالظاهر أنّه يعتبر ذلك؛ لدلاله قوله عليه السّلام: «لا تصلّ إلّا خلف من تثق بدينه» (۲) و نحوه (۳) فحينئذ مقتضى صناعه الإطلاق و التقييد أيضا تقييد الإطلاقات الثانيه الّتى ظاهرها الاكتفاء بالإحراز.

نعم؛ يمكن الدعوى بأنّ مثل هذه الروايه ليست فى مقام التقييد، بل ناظره إلى التوسعه فى باب الجماعه و أنّه يكفى فيها الوثوق بالأمانه، و لكنّ هذا احتمال لا يوجب رفع اليد عن مقتضى الصناعه.

ثمّ إنّه إذا ثبت ذلك فى باب الجماعه يثبت اعتباره فى سائر المقامات أيضا لعدم التفصيل فى حقيقه الجماعه، كما لا يخفى.

و بالجمله؛ فهنا ثلاث درجات بل أزيد من حيث الإطلاق و التقييد، مقتضى الصناعه و الجمع بينها هو أنّه بالنسبه إلى مرحله الإثبات للعداله لا بدّ من

۱- وسائل الشيعه: ۲۷/ ۳۹۱ الحديث ۳۴۰۳۲، مع اختلاف يسير.

۲- وسائل الشيعه: ۸/ ۳۱۵ الحديث ۱۰۷۷۱.

۳- وسائل الشيعه: ۸/ ۳۱۳ الباب ۱۱ من أبواب صلاه الجماعه.

إحراز الاجتناب عن المعاصی و ستر العیوب و حصول الظنّ و الوثوق.

بقی الکلام فی أنّه هل یکتفی فی ثبوت العداله بالفعل، کما لو رأی أنّه یقتدی عادلان بشخص، أم لا بدّ من الإشهاد و التعدیل باللفظ؟

أمّا بالنسبه إلی المقام- أی عداله الإمام- فالأقوی أنّه یکفی العمل و الفعل إذا أوجب الوثوق، و لا فرق بینه و بین القول، حیث إنّه قد عرفت أنّ ما یعتبر هنا بالأخره هو الوثوق و الظنّ، فحینئذ لا وجه للاختصاص بسبب دون آخر، و لکن یشکل الأمر بالنسبه إلی سائر الأبواب کالشهاده، حیث إنّ ظاهر أدلّتها و لزوم تصدیق العادل تصدیقه فی شهادته و قوله، کما أنّ أخبار العادل الّذی یلزم تصدیقه ظاهرها التلفّظ فآیه النبأ (۱) لا تدلّ علی أزید من لزوم تصدیق النبأ الّذی لا یشمل الفعل.

و أمّا مسأله تعدیلات أهل الرجال و تصدیق الرواه ففیه بحث عظیم، و الّذی ثبت فی وجه حجّیه تعدیلاتهم هو کونها من باب الظنون الاجتهادیه، و لا ربط له بمسأله الشهاده.

و بالجمله؛ أدلّه باب الشهاده قاصره لأن تشمل التصدیق و التعدیل الفعلی، فلذلک تسریه الحکم ممّا نحن فیه إلی سائر الأبواب ممنوع، إذ مثل ما ورد هنا من أنّه: «لا تصلّ إلّا خلف من تثق بدینه و أمانته» (۲) لم یرد فی سائر الأبواب حتّی یکتفی فیها أیضا بکلّ ما یحصل الوثوق، و غایه ما تثبت من الاشتراک بین عداله المقام و سائر المقامات هو أنّها من حیث الحقیقه واحده، و لا فرق فیها من

۱- الحجرات (۴۹): ۶.

۲- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۰۹ الحدیث ۱۰۷۵۰.

حيث إنّها هی الملكه الباعثه علی ملازمه التقوی مطلقا، و أمّا من حيث الطريق و أنّها تثبت بالوثوق مطلقا فلا، فتختصّ العداله الثابته بالفعل بهذا الأثر فقط، و هو جواز الجماعه، خلفه.

اللهمّ إلّا أن يدّعی بوجود دليل فی باب الشهادات بكونها تثبت بكلّ ما ينبئ عن الواقع و يكشف عن العداله و غيرها من الامور، فتأمّل!

ثمّ إنّه هل يعتبر المروّه فی باب العداله أم لا- من حيث الكاشف أو المنكشف أيضا؟ هذا الأمر فی المقام من المشكلات، و ذلك: لأنّ اعتبارها قد وقع فی كلمات المتأخّرين (۱) و لم يظهر من القدماء اعتبارهم ذلك فی مفهوم العداله، مع أنّ الظاهر عدم مساعده دليل لما عليه المتأخّرون.

نعم؛ ذكر فی ذلك وجها السيّد الجليل محمّد باقر الأصفهانی قدّس سرّه فی كتابه «الفقه» (۲).

و حاصله: أنّ ظاهر الفقره الّتی فی ذيل حديث ابن أبی يعفور (۳) من أنّه:

«و الدليل علی ذلك كلّه أن يكون ساترا لعيوبه» .. إلی آخره، هو مطلق العيوب أعمّ من العيوب الشرعيّه و العرفيّه، حيث إنّ عدم الاجتناب عمّا هو قبيح عند الناس من مثل الأكل فی السوق و نحوه يكشف عن أنّ الشخص ليس مالكا لنفسه بحيث تقاوم فی مقابل مشتهياتها سرّا و علانيه.

فمن هنا يستكشف إنّا أنّ المروّه معتبره فی حقيقه العداله و أنّ الستر

۱- ذخيره المعاد: ۳۰۵، جواهر الكلام: ۱۳/ ۳۰۱.

۲- لم نعثر علی هذا الكتاب.

۳- وسائل الشيعه: ۲۷/ ۳۹۱ الحديث ۳۴۰۳۲.

و العفاف الّذی یکون فی صدر الروایه هو الستر و العفّه عن مطلق العیوب، فعلی هذا تعتبر المروّه فی کلا المقامین.

و ناقش فیه شیخنا الأنصاری قدّس سرّه بأنّ المراد من الستر و العفاف- حسبما تقدّم- لمّا کان الاستحیاء فی مقابل المناهی الشرعیّه و العیوب المأثوره لا مطلقا فیکشف من ذلک لمّا عدم اعتبار غیر العیوب الشرعیّه بالنسبه إلی مرحله الإثبات (۱) أیضا.

و لکن الإنصاف بطلان هذه المناقشه حیث إنّ ما أفاده السیّد من أنّ الملکه لو کانت محقّقه فلا یفرق بین العیوب الشرعیّه و العرفیّه، بل لمّا کانت القوّه العقلیّه صارت کامله فتقاوم فی مقابل جمیع المشتهیات مطلقا، و إلّا فلا یمکنه الاجتناب مطلقا (۲)، فی کمال المتانه.

مضافا؛ إلی عموم اللفظ، بل ما أفاده الشیخ قدّس سرّه فی لفظ الستر تخصیص بلا وجه، فحینئذ الأقوی ما بنی علیه المتأخّرون، و أنّ العداله عباره ممّا تقدّم فی المقام الأوّل و المروّه، و بالنسبه إلی عالم الکاشف أنّه لا بدّ من استکشاف وجود اللجام الإلهی للشخص، بحیث یردعه عن الإقدام إلی المشتهیات النفسانیّه المخالفه للشرع و العرف بإعانه اللّه تعالی و هو ولیّ التوفیق.

هذا تمام البحث فی العداله، و لم یبق من شرائط الإمام أمر یحتاج إلی البحث فیه، إذ الذکوریّه فی الجمله و البلوغ واضحان حکما و موضوعا.

۱- کتاب الصلاه للشیخ الأنصاری: ۷/ ۵۴۸.

۲- لم نعثر علیه کتابه.

أحكام الجماعه

بقی امور راجعه إلی أحکام الجماعه نذکرها فی طیّ مسائل:

الاولی: الأقوی جواز الانفراد فی أثناء الجماعه مطلقا، لأنّه مضافا إلی أنّه موافق للأصل، إذ لا یتصوّر محذور له بعد أن کانت الجماعه من قبیل العامّ الاصولی لا المجموعی، حیث إنّ الصلاه مرکّب تدریجی، فهکذا الجماعه شرّعت بالنسبه إلیها و لیست أمرا یوجب التنویع حتّی یلزم محذور من هذه الجهه أیضا، بل هی من الخصوصیّات الخارجه عن حقیقه الصلاه و توجب زیاده الفضل بالنسبه إلیها کالمسجدیّه و نحوها.

و بالجمله؛ فالأصل یقتضی جواز قصد الانفراد و تدلّ علیه الروایات (۱) مثل: ما ورد فی جواز التقدّم علی الإمام فی التشهّد الأخیر؛ و الخروج عن الصلاه بالسلام إذا کان الإمام یطیل تشهّده، حیث إنّه و إن لم یکن فیها لفظ الانفراد، و لکن من المعلوم انطباق هذا العنوان علی الفعل المذکور قهرا، کما یکون کذلک بالنسبه إلی جمله من العناوین فی کثیر من الموارد، کما فی مسأله الفسخ بالفعل، و هکذا المعاطاه و مسأله الرجوع فی العدّه بالفعل و غیرها من الأمور.

فجمیع هذه الموارد ترتضع من ثدی واحد، بمعنی أنّه إذا کان یؤتی بهذه الأفعال عن قصد و اختیار ینطبق عنوان الفسخ و البیع و الرجوع علیها قهرا، بلا احتیاج إلی قصد العناوین بخصوصیّاتها، فهکذا فی المقام؛ لأنّ الخروج عن الصلاه بالسلام قهریّ فالانفراد یتحقّق تکوینا، فدلاله الروایه علی المدّعی واضحه، من جواز الانفراد اختیارا فی جمیع الأحوال، غایه الأمر أنّ فی سائر

۱- وسائل الشیعه: ۸/ ۴۱۳ الباب ۶۴ من أبواب صلاه الجماعه.

الموارد صرف التقدّم و التأخّر بلا قصد الانفراد لا يكفى، إذ المفروض عدم الخروج عن الصلاه بهما حتّى يكون انطباق العنوان قهريّا، كما فى تلك الصوره.

هذا؛ فيما إذا عرض له القصد فى الأثناء، أو كان قاصدا من أوّل الصلاه لا على نحو التحديد، و أمّا لو كان قصده ذلك من الأوّل بنحو يرجع إلى التحديد و التقييد فلا تخلو عن الإشكال؛ للشكّ فى مشروعيّه الجماعه كذلك، فالاحتياط أن يأتى فرادى من أوّل الأمر.

الثانيه: الظاهر أنّه لا إشكال فى مشروعيّه الجماعه ابتداءً و استدامه بأن يأتى بعض صلاته منفردا ثمّ يقصد الائتمام من أثنائها، لما عرفت من الأصل فى الجماعه و كيفيّه تشريعها، فعليه لا فرق بين الصورتين من أن يأتى جماعه الجزء الأوّل من صلاته أو الجزء الآخر منها، و لما هو مقتضى الدليل الدالّ على جواز الاقتداء فى بقيّه الصلاه إلى إمام آخر، إذا عرض له العذر فى الأثناء، حيث يكون عليه أن يعيّن إماما آخر من المأمومين أو من الخارج.

فلو نوقش بأنّ الأوّل لا ربط له بالمقام، إذ الإمام اللاحق لمّا كان من جزء الجماعه مع أنّ صلاتهم بمنزله صلاه واحده فكأنّ إمامته كانت من أوّل الأمر فلا يصير دليلا لما نحن فيه.

الصوره الثانيه: و هى ما إذا كان الإمام الثانى شخصا خارجيّا هى عين ما نحن فيه، إذ المفروض أنّه مع إمكان قصدهم الانفراد و الإتيان ببقيّه الصلاه منفردا يجوز لهم الاقتداء بالنسبه إليها بإمام آخر اختيارا، فالمسأله من حيث الدليل لا إشكال فيها، و لكن لمّا لم يثبت ذهاب الأساطين إليها فالاحتياط لا ينبغى تركه.

الثالثه: صلاه المعاداه لا تخلو عن صور، فإمّا أن يكون المنفرد- أى الّذى

أتی بصلاته کذلک- یعید بأن یصیر إماما أو مأموما، و إمّا أن یکون من أتی بصلاته جماعه یعیدها علی أحد الوجهین، و إمّا أن یکون من أتی بها إماما یرید أن یعید بأحد الوجهین أیضا، فالصور ستّ.

فالظاهر؛ أن الإعاده فی جمیعها مشروعه؛ لإطلاق دلیلها إلّا فیما إذا کان المعید إماما کان أتی بصلاته أوّلا أیضا کذلک، لأنّ فی شمول الدلیل له تأمّل، و لکنّ الروایه الّتی مضمونها أنّه ورد شخص فی المسجد للجماعه مع أنّها انتهت فقال علیه السّلام: من یتصدّق علی هذا الرجل بأن یعید صلاته جماعه (۱) مع أنّ فیهم من هو شأنه الإمامه مشعر بجواز إعاده للإمام مطلقا.

و بالجمله؛ ینبغی رعایه أخبار الباب (۲)، فتدبّر فیها!

الرابعه: المأموم المسبوق برکعه أو رکعتین أو أزید یجعل الرکعات الأخیره للإمام أوّل صلاه نفسه، فیأتی فیها بالقراءه کما هو المعروف عندنا بلا کلام، إنّما الاشکال فی أنّه إذا لم یمهله الإمام لإتمام القراءه و السوره و دخل فی الرکوع یجوز له إتمامها ثمّ اللحوق به و لو بعد الرکوع، أم علیه أن یقطعهما و یترکهما فیدرک رکوع الإمام؟

الأقوی الثانی؛ لأنّه قد تقدّم فی صدر الباب فی ما یدرک به الجماعه أنّ المستفاد من أدلّه الباب أنّ للرکوع بالنسبه إلی سائر الأجزاء خصوصیّه بها یجب ادراکه مع الإمام و لا یجوز تأخیره عنه، فهکذا فی المقام و إن کان التزاحم بین واجبین و هما القراءه و المتابعه، إلّا أنّ مذاق الفقاهه یقتضی ترجیح الثانیه،

۱- مستدرک الوسائل: ۶/ ۴۹۵ الحدیث ۷۳۴۵.

۲- مستدرک الوسائل: ۶/ ۴۹۵ الباب ۴۳ من أبواب صلاه الجماعه.

مضافا إلى دلاله بعض الأخبار عليه أيضا كالمنقول عن «الدعائم» (۱) و صحيحه معاويه بن وهب (۲).

۱- دعائم الإسلام: ۱/ ۱۹۱، مستدرک الوسائل: ۶/ ۴۸۹ الحدیث ۷۳۳۰.

۲- وسائل الشیعه: ۸/ ۳۸۸ الحدیث ۱۰۹۷۸، إلی هنا تمّت الرساله.

ص: ۲۲۱

رساله الخمس

اشاره

بسم اللّه الرحمن الرحيم

خمس أرباح المكاسب

ممّا يجب فيه الخمس؛ أرباح المكاسب و بقيّه الاستفادات الحاصله من التكسّبات، بعد إخراج مئونه السنه منها.

و هنا مسائل؛ الاولى: فى أنّه بعـد ظهور الربح يتعلّق الخمس بالعين أو بالذمّه، و بعد فرض تعلّقه بالعين يكون على نحو الحقيّه أم على نحو الملكيّه و الاـشتراك؟ فـإذا وقع معـامله على مـا تعلّق به الخمس؛ هـل تكون صـحّته مراعاه بإخراج الحقّ منه، أو يكون صحيحا، لكن جواز التصرّف للمشترى مراعى بإخراج الحقّ؟

ثمّ بعـد فرض كونه على نحو الملكيّه و الاـشتراك؛ هل يكون المالك مأذونا شـرعا فى التصـرّفات الوارده على مقـدار الخمس، فإذا باع ما تعلّق به الخمس كان ما قابله من الثمن خمسا، و يكون مأذونا فى التصـرّفات فى بدله إلى أن ينقضى الحول، أم يكون المعامله الواقعه على مقدار الخمس فضوليّا يتوقّف صحّته على إذن الحاكم؟

ثمّ بعد ذلك، إن ظهر ربح بين المعاملات الواقعه عليه، يكون من المالك أو من أرباب الخمس؟

الثانيه: هل يعدّ من المئونه الّتى تعلّق الخمس بعد إخراجها، جبران

الخسران الّذی وقع علی المالک فی الحول أم لا؟

و علی فرض الجبران؛ هل یفرق بین أن یکون الخسران فی المادّه الّتی حصل منها الربح، کما إذا کان الربح من تجاره ثمّ وقع الخسران علی هذه التجاره، و بین أن یکون الربح فی مادّه ثمّ وقع الخسران علی غیرها، سواء کان مشترکا معها فی النوع، کما إذا وقع الخسران فی تجاره اخری، أو لم یکن مشترکا معها فی النوع، کما إذا وقع أحدهما فی التجاره و الآخر فی الزراعه، سواء کان مشترکا فی الجنس أم لا، أو کان الخسران هدم الدار- مثلا- و الربح فی التجاره؟

الثالثه: المساکن و المناکح و المتاجر الّتی أحلّ الخمس فیها للشیعه؛ هل یختصّ بما إذا کان الانتقال من أهل السنّه، أو یعمّها و ما کان من الکفّار أیضا؟

هل یتعلّق الخمس بالعین أو بالذمّه؟

أمّا الاولی: فاعلم! أوّلا أنّ وقت ظهور الربح الّذی یعتبر فی تعلّق الخمس هو بعد انقضاء الحول، کما یظهر من الأخبار الّتی دلّت علی وجوب الخمس بعد إخراج مئونه السنه (۱)، فإنّ الحال غالبا عدم تعیّن مقدار الربح الّذی یکفی مئونه السنه و زاد عنها إلّا بعد انقضاء الحول، بل الأغلب عدم حصوله قبل تمامه أیضا.

نعم؛ لو حصل له فی أثناء الحول ربح یقطع بکفایه مئونه السنه مع الزیاده، فعلیه أن یردّ الخمس إن لم یحتمل طروّ الخسران له لا یزید الزائد عن جبره، فإن احتمل؛ فذلک الموضع الّذی فیه یتوسّع وقت الخمس فیصبر حتّی ینقضی الحول و ینکشف الحال.

۱- وسائل الشیعه: ۹/ ۴۹۹ الباب ۸ من أبواب ما یجب فیه الخمس.

فانقدح بذلک أنّه لا إشکال فی التصرّفات الّتی تقع عن المالک فی الأرباح فی أثناء السنه، بناء علی عدم حصول ربح یقطع بزیادته عن مئونه السنه، لعدم تعلّق الخمس بماله فی أثناء الحول [السنه].

ثمّ بعد وصول وقت التعلّق فهل یتعلّق بالعین علی نحو الحقیّه أو علی نحو الملکیّه، بعد الفراغ عن عدم تعلّقه بالذمّه، لبعد دلاله الأخبار علیه؟ فظاهر قوله تعالی: وَ اعْلَمُوا أَنَّما غَنِمْتُمْ مِنْ شَیْ ءٍ فَأَنَّ لِلّهِ خُمُسَهُ (۱) هو کونه علی نحو الملکیّه، لظهور «اللام» فیه، لکن یعارضه ظهور أنّ تعلّق الحکم بالموضوع فی حال ثبوت الموضوع و بقاء عنوانه کما کان قبله، فإنّه بناء علی الأخذ بما أفاده «اللام» من الملکیّه یکون مفاد الآیه: أنّ ما ملکتموه غنیمه ینتقل خمسه من ملککم إلی ملک اللّه و رسوله، فالموضوع لوجوب الخمس هو ملک الناس، و بعد تعلّق الحکم لا یکون وصف الموضوع باقیا، و هو خلاف ما هو ظاهر حال الحکم مع موضوعه، و لا یعتدّ بما خرج عن هذه القاعده، کسوّدت الأبیض و أغنیت الفقیر و غیرهما، لقلّته و لوجود القرینه.

ثمّ بعد تعارض الظهورین لا یبعد تقدّم ظهور حال تعلّق الحکم بالموضوع، و یحمل علی أنّ التعلّق بنحو الحقیّه، فإنّ مفاد الآیه حینئذ: أنّ ما ملکتموه غنیمه فإنّه یتعلّق للّه و للرسول حقّ علیه، کان ذلک الحقّ بمقدار خمسه فی حال کونه ملکا لکم، و بعد منع الرجحان و تساقط الظهورین بالمعارضه فالمرجع هو الأصل، فیستصحب بقاء ملکیّه المالک، و ثمره کون تعلّقه علی نحو الحقیّه هو صحّه التصرّفات و عدم کون العقد الواقع علیه فضولیّا.

۱- الأنفال (۸): ۴۱.

نعم؛ لزومه مراعی علی أداء حقّ من له الخمس أو إجازته، و دعوی إجازه الشارع للتصرّف فی هذا المال و انتقال الخمس- سواء کان ملکا أو حقّا- إلی الذمّه، غیر بیّن البرهان.

نعم، یمکن الاستدلال علیه بروایه أبی یسار الدالّه علی تصرّفه فی الغوص الّذی أخرجه من البحر ببیعه، و لذا جاء بثمنه إلی الإمام علیه السّلام (۱).

إلّا أنّ احتمال استجازته من الإمام علیه السّلام قبل البیع، أو اختصاص الإجازه العمومی- علی فرض دلالتها- بما یغوص من الجواهرات؛ لتعسّر إخراج خمسه قبل البیع، أو عدم تعیّن صحّته قبله، یبعّد الاستدلال به علی ما نحن فیه.

و التمسّک بروایه القصب (۲) أضعف، لقوّه احتمال کون البیع فی أثناء السنه و قبل تعلّق الخمس به.

و الحاصل: أنّه لا یبعد القول بأنّ الخمس أیضا حقّ یتعلّق بأرباح المکاسب و غیرها ممّا یجب فیه الخمس کالزکاه، و یدلّ علیه- مضافا إلی ما ذکر- الروایه الوارده فی من أخرج رکازا فباعه بدراهم و شیاه (۳) .. إلی آخره، فإنّ حکمه علیه السّلام بصحّه المعامله و استیفاء الخمس من الثمن الّذی أخذه البائع ظاهر فی أنّه علی نحو الحقیّه، و إلّا فاللازم أخذ مقدار الخمس من عین الرکاز.

و احتمال انتقال البائع الخمس إلی الذمّه قبل البیع؛ مندفع بظهور حاله فی القصد إلی عدم إخراجه.

۱- وسائل الشیعه: ۹/ ۵۴۸ الحدیث ۱۲۶۸۶.

۲- وسائل الشیعه: ۹/ ۵۰۴ الحدیث ۱۲۵۸۷.

۳- وسائل الشیعه: ۹/ ۴۹۷ الحدیث ۱۲۵۷۵.

و علی أیّ حال؛ فبناء علی کون الخمس حقّا متعلّقا بالمال یکون مانعا عن نفوذ التصرّفات الواقعه علیه ما دام الحقّ باقیا، فلو أوقع المالک علی ماله الغیر المخمّس عقدا مع تضییق وقت إخراج الخمس و عدم نقله إلی الذمّه- بناء علی جوازه- فتکون صحّه ذلک العقد مراعاه بإخراج الخمس عنه [قبل العقد]، فلو أخرج کان صحیحا و إلّا لبطل، فلو وقع علی هذا المال عقد واحد من المالک ثمّ أخرج الخمس عنه أو وقع علیه عقود مترتّبه ثمنا و مثمنا، ثمّ أخرج خمسه فمقتضی القاعده کون العقود باطله.

أمّا الصوره الاولی؛ فلأنّ وقوع العقد حین تعلّق الحقّ غیر مجد، و بعده لم یقع عقد آخر، فهو کما إذا باع الشی ء المرهون ثمّ فکّ رهنه.

و أمّا الصوره الثانیه؛ فیضاف إلی هذه الجهه من وجود المانع عدم المقتضی أیضا بالنسبه إلی العقود اللاحقه، و هو ملکیّه الناقل و البائع.

و لکن یمکن أن یقال بصحّه العقود الواقعه علیه و نفوذها بعد إخراج خمسه مهما کانت بمقتضی الروایه الوارده عن أبی جعفر علیه السّلام: «لا یحلّ لأحد أن یشتری من مال (۱) الخمس شیئا حتّی یصل إلینا حقّنا» (۲).

و روایه اخری لأبی عبد اللّه علیه السّلام: «لا یعذر عبد اشتری من مال (۳) الخمس شیئا أن یقول: یا ربّ! اشتریته بمالی، حتّی یأذن له أهل الخمس» (۴).

و تقریب الاستدلال یتوقّف علی مقدّمات:

۱- لم ترد فی المصدر: مال.

۲- وسائل الشیعه: ۹/ ۴۸۴ الحدیث ۱۲۵۴۳- ۱۲۵۵۰.

۳- لم ترد فی المصدر: مال.

۴- وسائل الشیعه: ۹/ ۵۴۲ الحدیث ۱۲۶۷۴.

الاولی: لا ریب أنّ أمر البیع أمر شرعیّ یجوز للشارع أن یتصرّف فیه کیف شاء، بمعنی أنّه یمکن له أن یمضی البیع الّذی لم یکن جامعا للشرائط، کیف؟! و من یجعل شیئا شرطا أو مانعا یمکنه إلغاء شرطیّته و مانعیّته مهما شاء.

الثانیه: انحصار المانع من نفوذ هذا البیع کونه متعلّقا للخمس، غایه الأمر تاره یکون هو فقط، و اخری یتولّد منه عدم المقتضی أیضا.

الثالثه: أنّ المراد من الحلّیه فی قوله علیه السّلام: «لا یحلّ» هی الحلّیه التکلیفیّه، و من «الاشتراء» هو التصرّف فی المال الّذی أخذه من البائع، فحرمه التصرّف فیه تدلّ علی عدم نفوذ بیعه فعلا، و ظاهر أنّ المراد لیس هو إنشاء نقل الملکیّه، و إلّا لم یکن فیه عقاب حتّی لا یکون المشتری معذورا عند اللّه.

فبعد هذه المقدّمات نأخذ بإطلاق الخبرین و نقول: إذا وقع عقود مترتّبه أو عقد واحد علی هذا المال الّذی لم یؤدّ خمسه، فحلّیه تصرّف کلّ واحد منهم موقوف علی أداء الخمس، من دون توقّف علی شی ء آخر، کما هو قضیّه جعل حرمه التصرّف مغیّاه بعدم وصول الحقّ إلی أهله، فجوازه حاصل عند حصول غایه الحرمه، و مقتضی حلّیه التصرّف للمشتری الثانی- مثلا- هو انتقاله إلی ملکه بالعقد الّذی وقع علیه قبل إخراج الخمس و لازمه إلغاء بعض شرائط البیع، و هو جائز للشارع، کما عرفت، و لازم الطریق حجّه، فتأمّل!

و ممّا یمکن الاستدلال به علی کونه علی نحو الحقیّه، هو الروایه الّتی سئل عن المعصوم علیه السّلام: عن بستان صرف بعض فاکهتها فی مئونه عیاله و باع بعضها، فقال علیه السّلام: «ما بعت منه فخمّسه!» (۱)؛

۱- وسائل الشیعه: ۹/ ۵۰۴ الحدیث ۱۲۵۸۸، نقله بالمعنی.

فإنّه لو كان الخمس متعلّقا بالعين فحينئذ للإمام عليه السّلام أن يسأل و يقول: فما تفعل بالخمس إذا تريد البيع؟ فعدم سؤاله يدلّ على جواز بيعه، و هو يدلّ على أنّ الخمس يكون على نحو الحقيّه.

و احتمال أن يكون صحّه البيع فى هذه الموارد بسبب إمضائه و إجازته عليه السّلام؛ مدفوع بأنّ الظاهر تسليم صحّه العقود الّتى وقعت على هذه الأموال، و لذا اطلق على ما يكون بإزائها الثمن، و الظاهر أنّها ثمن بمجرّد وقوع العقد عليها، لا أنّها تصير ثمنا بعد إجازته.

ثمّ بعد ذلك يحتمل أن يكون البيع صحيحا من أوّل الأمر و لم تتوقّف صحّته على إجازته، و يحتمل أن يكون صحّته موقوفه على إجازته، لكون المال متعلّقا لحقّه، كما فى حقّ الرهانه و أمثالها، و الظاهر من الأدلّه- كما عرفت من إطلاق لفظ «الثمن» على ما يقابل المال الخمسى و غيره- هو صحّه البيع و حصول الانتقال بمجرّد وقوع العقد.

ثمّ مع تسليم صحّه العقد؛ هل ينتقل العين الخمسى إلى المشترى متعلّقا للحقّ، أو ينتقل الحقّ منها إلى الثمن؟ وجهان: من دلاله الأخبار (۱) على حرمه تصرّف المشترى قبل وصول الخمس إلى أهله، و هو علامه بقاء الحقّ متعلّقا عليه؛ و من إمكان انتقال الحقّ [إلى] الثمن، و كون حرمه تصرّفه تعبّدا.

و يدلّ على ما قلنا أمرهم عليهم السّلام بإخراج الخمس من الثمن فى بعض الأخبار (۲)، و احتمال أن يكون المراد من الثمن القيمه، فيدلّ على جواز إخراج

۱- وسائل الشيعه: ۹/ ۴۸۴ الحديث ۱۲۵۴۳ و ۱۲۵۴۴ و ۴۸۷ الحديث ۱۲۵۵۰ و ۵۴۲ الحديث ۱۲۶۷۴.

۲- وسائل الشيعه: ۹/ ۴۹۸ الحديث ۱۲۵۷۵.

الخمس من قیمه ما تعلّق به، لکون الغالب مطابقه الثمن للقیمه الواقعیّه خلاف الظاهر.

و کیف کـان؛ فهـل کون تعلّق الخمس بالمـال- سواء کـان علی نحو الحقیّه أم علی نحو الملکیّه- علی نحو الإشـاعه، أم [علی]؛ نحو الکلّی فی المعیّن؟

فعلی الأوّل؛ لا یجوز للمالک التصرّف فی المال المتعلّق للخمس بوجه.

و علی الثـانی؛ یجـوز له التصـرّف إلی أن یبقی بمقـدار الخمس منه، وجهـان؛ من أنّ الأصـل جواز تصـرّف کـلّ أحـد فی مـاله، فیختصّ المنع بالمقدار المتیقّن و هو مقدار الخمس، و من ظهور لفظ الخمس- الّذی هو أحد الکسور- فی الإشاعه.

و الأقوی هو الثانی؛ نظرا إلی الروایات الـدالّه علی حرمه التصـرّف (۱)، فکـلّ جزء من أجزاء المال المتعلّق للخمس ممّا لا یعـذر اللّه المالک أن یشتری به شیئا حتّی یصل مالهم إلیهم علیهم السّلام.

ثمّ علی فرض کونه من قبیل الکلّی فی المعیّن، فیجوز للمالک التصـرّف إلی أن یبقی منه مقـداره، و لا یحتاج إلی قصـد إخراج الخمس من الباقی، کما هو قاعـده هـذا الباب، فما ذکره السـیّد قـدّس سـرّه فی موضـعین من کلامه فی «العروه» من تقییـد جواز التصرّف بصوره القصد بأداء الخمس من الباقی (۲)، لا نعرف له وجها، فتدبّر!

۱- وسائل الشیعه: ۹/ ۴۸۴ الحدیث ۱۲۵۴۳ و ۱۲۵۴۴ و ۴۸۷ الحدیث ۱۲۵۵۰ و ۵۴۲ الحدیث ۱۲۶۷۴.

۲- العروه الوثقی: ۲/ ۳۹۹ المسأله ۷۶، و ۴۰۱ المسأله ۸۰.

ما هو المراد ممّا احلّ فيه الخمس للشيعه؟

و أمّا المسأله الثالثه (۱)؛ فمجمل القول فيها: أنّ الأخبار الوارده فی باب الخمس علی ثلاثه أقسام:

منها: ما يدلّ علی أصل مشروعيّته (۲).

و منها: ما يدلّ علی عدم تحليله مطلقا صريحا (۳).

و منها: ما يدلّ علی التحليل (۴).

و طريق الجمع بينهما حمل ما دلّ علی التحليل علی المناكح و المساكن و المتاجر الّتی وقع فی أيدينا من الكفّار و من لا يعتقد الخمس، بل لا يبعد أن يقال: إنّ أصل مصبّ أخبار التحليل هو هذا المورد و لا يحتاج إلی الجمع أيضا.

لا- إشكال فی تحليل ما وقع فی أيدينا من أهل السنّه، فهل يختصّ التحليل بهم أو يعمّهم و الكفّار الّذين لا يعتقدون أصل الإسلام أيضا، و أيضا هل يختصّ التحليل بما إذا وقع منهم أو يعمّه و ما إذا حصل الاشتراك بيننا و بينهم فی ما يجب فی سهم الخمس؟

الأقوی؛ ثبوت التحليل فی الصورتين، نظرا إلی التعليل الّذی ذكره عليه السّلام فی ذيل بعض أخبار التحليل، مثل الخبر الّذی سئل عليه السّلام فيه عن أرباح المكاسب

۱- لا يخفی أنّ المصنّف رحمه اللّه ما راعی الترتيب فی ذكر المسائل، و المسأله الثانيه تأتی فی الصفحه: ۲۳۸ من هذا الكتاب.

۲- وسائل الشيعه: ۹/ ۴۸۳ الحديث ۱۲۵۴۱.

۳- وسائل الشيعه: ۹/ ۴۸۴ الحديث ۱۲۵۴۳ و ۱۲۵۴۵.

۴- وسائل الشيعه: ۹/ ۵۴۳ الباب ۴ من أبواب الأنفال.

الّتی تقع فی أیدی الشیعه، قال علیه السّلام: «ما أنصفناهم إن کلّفناهم ذلک الیوم» (۱) دلّ علی أنّ کلّ مورد یکون عدم تحلیل الخمس فیه خلاف المرحمه و اللطف القدیمه الّتی کانت منهم علیهم السّلام بالنسبه إلی شیعتهم کان الخمس فیه محلّا.

فإذن؛ المعادن الّتی کانت فی أیدی الکفّار و لا یؤدّون خمس ما أخرجوا منها، فإمّا أن یمنعوا الشیعه من المعامله معهم أو یکلّفوهم بالأداء من مالهم أو أحلّوا لهم.

و لا ریب أنّ کلا الشقّین الأوّلین خلاف اللطف و المرحمه، فتعیّن الشقّ الثالث، و کذا إذا کان أرضا مشترکا بین الاثنین، فباع أحدهما سهمه من ذمّیّ و لم یقدر أهل الإسلام بأخذ خمسها منه، فإذن لا بدّ إمّا من حکمهم بعدم جواز تصرّف المسلم فی سهمه المشترک مع مقدار الخمس، أو أداء الخمس من ماله أو إحلالهم علیهم السّلام الخمس له، و ظاهر أنّ الأوّلین خلاف مرحمتهم، فتعیّن الثالث.

و هل یختصّ التحلیل فی باب الخمس بالمواضع الثلاثه المذکوره أو یعمّها و سائر موارد الخمس، نظرا إلی إطلاق بعض الأخبار؟

الأقوی هو الأوّل، و بیانه یتوقّف علی مقدّمه، و هی: أنّه إذا ورد عامّ واحد و خاصّ متعدّد فالظاهر عرض هذه الخاصّات أجمع علی العامّ، و تخصیص حجّته بما عداها لو لم یلزم تخصیص الأکثر أو إلغاء العامّ بالکلیّه، و إن لزم ذلک عمل بینهما عمل التعارض، و لا یجوز أن یعرض علی العامّ بعض الخاصّات متقدّما حتّی تنقلب النسبه مع الخاصّ الآخر إلی العموم من وجه.

و أمّا إذا ورد عامّان متعارضان فی بادی النظر، و ورد ما هو أخصّ من

۱- وسائل الشیعه: ۹/ ۵۴۵ الحدیث ۱۲۶۸۰، و فیه: ما أنصفناکم إن کلّفناکم.

أحدهما، فالظاهر تخصيص هذا العامّ أوّلا بهذا الخاصّ، ثمّ ملاحظه النسبه بينه و بين العامّ الآخر و العمل بمقتضاه. كيف كان؛ لأنّ الدليل لا يعارض الآخر ما لم يستقرّ حجّيته من جميع الجهات، و العامّ الّذى ورد فى مقابله خاصّ لم يكن حجّه فى مقدار الخاصّ أصلا، فكيف يمكن أن يعارض الدليل الآخر المستقرّ حجيّته فى كلّ الأفراد؟ كيف و لا يمكن عمل التعارض بينهما مع عدم استقرار ظهوره و حجيّته؟ فحينئذ بعد تخصيص أحد العامّين بالخاصّ الوارد فى مقابله كثيرا ما ينقلب النسبه بينهما إلى العموم و الخصوص المطلق، فتنحصر حجيّه العامّ الآخر فى غير مورد هذا العامّ بعد التخصيص بصيرورته أظهر، بل نصّا فى بعض المقامات بعد التخصيص فى الأفراد الباقيه تحته، فلا يعارضه ظهور العامّ فى هذه الموارد.

إذا عرفت ذلك؛ فنقول: الأخبار الوارده فى هذا الباب على ثلاثه أنحاء:

منها: ما يدلّ على عدم التحليل مطلقا، كما فى روايه عليّ بن راشد: قلت له: أمرتنى بالقيام بأمرك و أخذ حقّك فأعلمت مواليك بذلك، فقال لى بعضهم:

و أيّ شى ء حقّه؟ فلم أدر ما أجيبه.

فقال عليه السّلام: «يجب عليهم الخمس».

فقلت: ففى أيّ شى ء؟

فقال عليه السّلام: «فى أمتعتهم و صنائعهم».

قلت: و التاجر و الصانع بيده؟

قال عليه السّلام: «إذا أمكنهم بعد مئونتهم» (۱).

۱- وسائل الشيعه: ۹/ ۵۰۰ الحديث ۱۲۵۸۱.

و مثلها غیر واحد من الروایات (۱).

و منهـا: مـا یـدلّ علی التحلیـل فی موضع خـاصّ، و هو المناکـح و المسـاکن و المتـاجر إذا وقع فی أیـدی الشـیعه ممّن لاـ یعتقد الخمس من الکفّـار أو العـامّه؛ فمنهـا: روایه یونس بن یعقوب، قال: کنت عنـد أبی عبـد اللّه علیه السّـلام إذ دخل علیه رجل من القمّـاطین، فقـال: جعلت فـداک تقع فی أیـدینا الأـموال و الأربـاح و تجارات نعرف (۲) أنّ حقّـک فیهـا ثـابت، و أنّا عن ذلک مقصّرون.

فقال أبو عبد اللّه علیه السّلام: «ما أنصفناکم إن کلّفناکم ذلک الیوم» (۳).

و الظـاهر؛ أنّ المراد من «ذلـک الیـوم» وقت تسـلّط الکـافرین و الغـاصبین، حیث یعملون بـالتقیّه، و یحتمـل أن یکون المراد یوم القیامه أیضا، لکنّه بعید، و فی معناها غیر واحد من الأخبار (۴).

و منها: ما یدلّ علی التحلیل مطلقا، کروایه حکیم، مؤذّن بنی عیس، عن أبی عبد اللّه علیه السّـلام، قال: «وَ اعْلَمُوا أَنَّمٰا غَنِمْتُمْ مِنْ شَیْ ءٍ فَأَنَّ لِلّٰهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ (۵) قال: هی و اللّه الإفاده یوما فیوما (۶)، إلّا أنّ أبی جعل شیعتنا من ذلک فی حلّ لیزکوا» (۷).

۱- انظر! وسائل الشیعه: ۹/ ۴۹۹ الباب ۸ من أبواب ما یجب فیه الخمس.

۲- فی المصدر: نعلم.

۳- وسائل الشیعه: ۹/ ۵۴۵ الحدیث ۱۲۶۸۰.

۴- انظر! وسائل الشیعه: ۹/ ۵۴۳ الباب ۴ من أبواب الأنفال.

۵- الأنفال (۸): ۴۷.

۶- فی المصدر: یوما بیوم.

۷- وسائل الشیعه: ۹/ ۵۴۶ الحدیث ۱۲۶۸۲.

و فی معناها أخبار متعدّده (۱).

فنقول: القسم الأوّل مع القسم الأخیر متعارضان، و القسم الأوسط یخصّ القسم الأوّل فی الموارد المذکوره، فتصیر نسبته مع الأخیر عموما مطلقا، فیخصّص به عمومات التحلیل و تقیّد إطلاقاته.

ثمّ إذا عرفت کیفیّه الجمع بین الأخبار، و کیفیّه الاستدلال بها لحلّ المناکح و المساکن و المتاجر علی الوجه الأحسن تعرف أنّه لا حاجه إلی الاستدلال بمرسله «عوالی اللآلی» الّتی استدلّ بها الشیخ قدّس سرّه فی المواضع الثلاثه، و هی علی ما حکاه فی مسأله حلّ المناکح من خمسه عن «عوالی اللآلی» قال: سئل الصادق علیه السّلام، فقیل له: یا ابن رسول اللّه! ما حال شیعتکم فی ما خصّکم اللّه به إذا غاب غائبکم و استتر قائمکم؟

فقال: «ما أنصفناهم إن أخذناهم (۲)، و لا أحسنّاهم (۳) إن عاقبناهم، بل نبیح لهم المساکن لتصحّ عباداتهم (۴) و نبیح لهم المناکح لتطیب ولادتهم، و نبیح لهم المتاجر لیزکوا أموالهم» (۵).

مع إمکان أن یناقش فیه تاره بإرساله، و اخری بأنّ سیاقه یأبی عن حمله علی خصوص هذه الثلاثه بالمعنی الّذی ذکرناه و هو ما إذا وقع فی أیدینا عن ید من لا یعتقد الخمس، لأنّ تحلیل هذه الثلاثه لا یختصّ بحال الحضور حتّی

۱- انظر! وسائل الشیعه: ۹/ ۵۴۳ الباب ۴ من أبواب الأنفال.

۲- فی المصدر: إن و اخذناهم.

۳- فی المصدر: و لا أجبناهم.

۴- فی المصدر: عبادتهم.

۵- عوالی اللآلی: ۴/ ۵ الحدیث ۲، مستدرک الوسائل: ۷/ ۳۰۳ الحدیث ۸۲۷۲.

يتوحّش السائل الشيعى بعد الغيبه و يسأل عنه بخصوصه، بل ظاهره السؤال عن مطلق الخمس، فإنّه لمّا شاهد السائل أنّ الشيعه مرسلون خمسهم فى حال الحضور بخدمتهم، أو يعيّنون الوكيل لأخذه فصار بصدد تعيين تكليفهم فى حال الغيبه، فتحليل الإمام عليه السّلام يرجع إلى كليّه الخمس، لا خصوص المناكح و المساكن و المتاجر بالمعنى الّذى ذكرناه.

و قلّ العامل بهذا الحديث، فطرحه وفاقا «للتذكره» (۱) لا يخلو عن قوّه، مضافا إلى ما حكى أنّ «الحدائق» لم يذكره أصلا مع جمعه لأخبار الخمس مستوفى، و راجع فتدبّر!

تتميم: قد يتوهّم فى إباحتهم الخمس للشيعه إشكالان:

أحدهما: أنّ الخمس بتمامه ليس حقّا لهم، بل نصفه حقّهم و نصفه الآخر حقّ للسادات، فكيف يبيحون الخمس أجمع؟

و يمكن دفعه تاره بأنّ تمامه لهم و السادات جميعا عيالهم، كما يشهد به بعض الأخبار (۲)، و قد خصّ نصفه بهم موهوبا منهم عليهم السّلام.

و اخرى؛ بأنّه على فرض كون نصفه مختصّا بالساده، لهم الولايه المطلقه للتصرّف فى أموال الناس جميعا، و كيف بالساده؟! فإنّهم أولى بالمؤمنين من أنفسهم و أموالهم.

ثانيهما: أنّه كيف تنطبق هذه الإباحه للشيعه مع القواعد؟ من وجوه:

الأوّل: أنّ الإباحه لا تفيد الملكيّه، مع دعوى الإجماع على أنّ الشيعه

۱- تذكره الفقهاء: ۵/ ۴۴۴.

۲- وسائل الشيعه: ۹/ ۵۱۸ الحديث ۱۲۶۱۸.

یصیرون مالکا فی الموارد المذکوره، و لذا یجوز لهم الوطء و العتق و البیع.

الثانی: أنّ الإباحه و التملیک یستدعی لا أقلّ وجود الملک، مع أنّه لا شی ء منهما فی زمن الأئمّه علیهم السّلام حتّی یصحّ التملیک.

الثالث: أنّه علی فرض صحّه التملیک فهو لیس للأفراد، بل بعنوان الشیعه، کملک المفتوح عنوه الّذی هو ملک لعنوان المسلم، فلا یجوز تصرّف کلّ أحد بنفسه فیه، بل یجب أن یجمع فی بیت المال، ثمّ یصرف بإذن الحاکم فی مصالح الشیعه.

و أنت خبیر بأنّه بعد دلاله الأخبار علی أنّ الخمس متعلّق بالأموال علی نحو الحقیّه لا وقع لواحد من الإشکالات، و قد عرفت أنّ الأقوی نفوذ التصرّفات الواقعه علی المال المخمّس قبل الإخراج، غایه الأمر حرمه التصرّف للمشتری قبل وصول الحقّ إلیهم، فمعنی تحلیلهم علیهم السّلام؛ إغماضهم عن حقّهم فیحلّ به التصرّفات قبل الوصول، مضافا إلی أنّ معنی تعلّق حقّهم بالمال أنّهم مختارون و حریّون بتملّک خمس هذا المال، و معنی تحلیلهم علیهم السّلام، إذنهم للشیعه بتملّک سهمهم و نقل هذا الاختیار إلیهم.

نعم؛ لو استفید من الأخبار کون الخمس ملکا لهم و کونهم شرکاء مع المالک (۱)- کما هو المشهور- یشکل دفع الإشکالات.

لکن یجاب تاره؛ بأنّ هذا نحو تملیک خاصّ للشیعه ورد به النصّ الخاصّ (۲) فلا یلزم أن ینطبق علی القواعد.

۱- وسائل الشیعه: ۹/ ۴۸۳ الباب ۱ من أبواب ما یجب فیه الخمس.

۲- لاحظ! وسائل الشیعه: ۹/ ۵۴۳ الباب ۴ من أبواب الأنفال.

و اخرى؛ بكونه دفعا، لاـ رفعا، بمعنى أنّ اللّه تعالى لم يكلّف الشيعه بالخمس فى هذه الموارد من أوّل الأمر، و غير ذلك من الأجوبه المذكوره فى المفصّلات.

هل يجبر الخسران الوارد على المالك فى الحول من الربح؟

الثانيه من المسائل الّتى ذكرناها فى صدر البحث هو أنّ الخسران هل يجبر بالربح مطلقا أو يفصّل؟

لا إشكال فى جبر خسران تجاره واحده بربحها، فهل يجبر خسران إحدى التجارتين بربح اخرى؟ بل و هل يجبر خسران ضيعته كالزراعه بربح التجاره مثلا؟ بل و هل يجبر الخسران الواقع على المالك و لو لم يكن فى كسبه، كهدم داره و موت دابّته من الربح الحاصل من استفاداته أم لا؟

لاـ إشكال أنّه لو أخذنا فى عنوان ما يجب فيه الخمس من الأرباح هو أرباح الاكتسابات، لا يجوز جبران الخسران الوارد على المالك عن غير طريق الاكتساب، لصدق حصول الربح من الاكتساب مع هدم داره، و لكن لو جعلنا العنوان هو مطلق الفائده، كما هو مضمون بعض الأخبار (۱) و المعنون فى كلمات الأخيار، و حمل ما ورد منها فى تقييد الربح بالاكتساب بذكرها من باب المصداقيّه، لكونها أغلب أفراد ما يفيد.

فيمكن القول بملاحظه الفائده بعد جبر الخساره عن أىّ جهه كانت، فإنّ الملحوظ حينئذ فائده سنه المالك، و معنى الفائده فى السنه هو ما يحصل له فيها

۱- وسائل الشيعه: ۹/ ۵۰۳ الحديث ۱۲۵۸۵.

زائدا على ما يملكه فى السنه السابقه و بعد حصول مائه درهم من الاكتساب، و موت دابّه له يوازى قيمتها هذا المقدار لم يصدق أنّه حصل له الفائده فى هذه السنه، بل يصدق لم يقع عليه ضرر.

نعم؛ ذكر السيّد قدّس سرّه فى «العروه» أنّه لا إشكال فى عدم جبران الخساره الّتى كانت من قبيل هدم الدار و موت الدابّه، و أمّا الخسران الوارد فى إحدى التجارتين الأحوط عدم الجبران بربح الاخرى و إن كان الجبران لا يخلو عن قوّه، و كذا نفى الإشكال عن جبران خسران التجاره بربحها (۱).

أقول: لو اخذ فى العنوان وجوب خمس الزائد عن ربح الاكتساب فإمّا أن يؤخذ بنحو العموم المجموعى فمعناه ربح جميع الاكتسابات فى السنه فلا إشكال فى جبران خساره إحدى التجارتين بربح الاخرى، لأنّه مع عدم الجبران لا يصدق ربح الاكتسابات.

و إمّا أن يؤخذ بنحو العموم الاستغراقى فى ربح كلّ استفاده بخصوصه موردا للخمس، فمقتضاه عدم جبران خسران التجاره بربحها أيضا، لأنّه يصدق أنّه ربح من اكتسابه الفلانى كذا و كذا.

و لو أخذ فى العنوان خمس الفوائد- كما أنّه ليس ببعيد، و يدلّ عليه جمله من الأخبار الدالّه على وجوب الخمس فى الجائزه و الهديّه و الصدقه (۲)- فإنّها لا تعدّ اكتسابا على الأقوى، فإنّه طلب المال من حيث الماليّه و طلب الرزق مثلا،

۱- العروه الوثقى: ۲/ ۳۹۷ و ۳۹۸.

۲- وسائل الشيعه: ۹/ ۵۰۱ الحديث ۱۲۵۸۳، و ۵۰۳ الحديث ۱۲۵۸۵، و ۵۰۴ الحديث ۱۲۵۸۸، و ۵۰۸ الحديث ۱۲۵۹۶.

و لذا لا یعدّ صید السلطان اکتسابا، بل هو فائده، فلا یبعد القول بجبر کلّ خسران ورد علی المالک من أیّ جهه کان، لعدم صدق حصول الفائده مع الخساره، کما مرّ، فتأمّل!

ثمّ إنّه لا ـ إشکال فی خروج المیراث إذا لم یکن ممّا لا یحتسب عن عنوان الفائده فلا یجب فیه الخمس، لأنّه یعدّ مال المورّث مال الوارث طولا بل یعدّ وجود المورّث مانعا عن إجراء آثار المالیّه و لم یعدّ انتقاله إلیه فائده، فالأظهر عدم وجوب الخمس فی المیراث، وفاقا «للتذکره» (۱).

نعم؛ استثنی بعض الأصحاب فیما إذا کان المیراث ممّن لا یحتسب (۲) و یدلّ علیه بعض الأخبار أیضا (۳).

و أمّا ما زاد عن المئونه من الزکاه و الخمس و أمثالهما؛ فالظاهر عدم وجوب الخمس فیه، لعدم عدّه فائده، لأنّ الفائده ما حصل و لم یکن شی ء بإزائه، کالزائد علی رأس المال فی التجاره و الهدیّه و أمثالهما.

و أمّا الخمس و الزکاه؛ فکأنّهما طلب و دین من المستحقّ علی المالک فأدّاه بتعیّنه فی ذلک المستحقّ فهو حقّه الثابت فی ذمّه المالک قد أدّاه، و لیس شی ء و لم یکن بإزائه شی ء حتّی تعدّ فائده، فهو کما إذا کان له فی ذمّته دین و قد استقرضه منه.

و بعباره اخری: الزکاه إذا نسبت إلی نوع الفقراء کانت فائده، لأنّه لم یکن

۱- تذکره الفقهاء: ۵/ ۴۲۱.

۲- جواهر الکلام: ۱۶/ ۵۶، العروه الوثقی: ۲/ ۳۸۹ المسأله ۴۹.

۳- وسائل الشیعه: ۹/ ۴۹۹ الباب ۸ من أبواب ما یجب فیه الخمس، انظر! جواهر الکلام: ۱۶/ ۵۶.

بإزائها شـی ء، و لکنّ النوع لیس قابلا لأخـذ الزکاه، و إذا نسـبت إلی الشـخص عـدّت من قبیل استیفاء الحقّ و الطلب و لم تکن فائده یجب فیها الخمس کنفس الدین، فتأمّل جیّدا!

و بالجمله؛ فالأظهر جبران المال الفائت و کلّ خسـران وارد علی المالک فی کلّ معامله بالأرباح و اعتبار الخمس ممّا بقی بعده، لما عرفت من ظهور النصوص و الفتاوی فی کون موضوعه مطلق الفائده لا الفائده المقیّده بکونها من الاکتساب و الاستفاده.

مسـأله: لاـ خلاـف فی اعتبـار الخمس فی الأربـاح و الفوائـد بعـد إخراج مئونه الشـخص، و مئونه التحصـیل مقوّمه لأصـل عنوان الفائده، فقبل إخراجها لا یسـمّی الحاصل فائده، و هذا ظاهر، و لذا لا خلاف فی أنّ المراد بالمئونه هی مئونه السنه، لأنّها المتبادر عنـد إطلاقهـا، و یشـهد لـذلک قولهم: کسب فلاـن لاـ یفی بمئونته، مضافـا إلی دعوی الإجمـاع من غیر واحـد، إنّما الإشـکال و الخلاف فی جهتین:

إحداهما: فی بیان المراد [من السنه] هل هی شمسی أو قمری؟

و الاخری: فی بیان المراد من المئونه، هل المراد منها مقـدارها و لو تبرّع بها متبرّع، أو قتّر علی نفسه، أو أخرج من ماله الآخر، أو المراد منها ما یصرفه فعلا فی مخارجه، فلا یجب له فی الصوره المذکوره شی ء؟

و لا بدّ أوّلا من بیان الأصل فی المسأله، ثمّ بیان ما هو ظاهر الأدلّه.

فنقول: أمّـا الأصـل العقلی فهو البراءه فی الجهتین، لـدوران الأـمر بین الأقلّ و الأکثر الاسـتقلالیّین و هو جعل المئونه مقـدارها، و السنه شمسیّه، فتأمّل!

و أمّا الأصل اللفظی؛ فبملاحظه عمومات وجوب الخمس و عدم العفو عنه، لو اجمل المخصّص و المقیّد یرجع إلی الإطلاق و العموم، و یؤخذ بالقدر المتیقّن من المخصّص و المقیّد، و مقتضاه جعل السنه قمریّه، و المئونه شخصیّه و ما تصرف فعلا.

هذا مقتضی الأصل اللفظی؛ لکنّ الظاهر من السنه فی المقام هو السنه الشمسیّه، لأنّ المقام؛ مقام تعیین مئونه السنه و إخراجها، و المعتبر فیه اعتبار السنه تماما، و اعتبار القمریّه منها یفضی إلی إلغاء العشره (عشره أیّام) من السنه، مع أنّه لا وجه له، و اعتبار الشمسیّه ربّما یفضی إلی عدم وجوب الخمس الذی یجب لو اعتبرت السنه قمریّه، کما إذا حصل له فائده زادت مقدار المئونه، و لم یظهر خسران حتّی مضیّ الحول القمری. ثمّ قبل إتمام السنه الشمسیّه ظهر خسران لا یزید الربح الباقی عن جبره، و قد یکون بالعکس، کما إذا حصل بعد مضیّ القمری و قبل إتمام الشمسی ربح یزید عن المئونه، و لاعتبارها ثمرات اخر تظهر بالتأمّل!

و أمّا الثانی: فقبل بیانه لا بدّ من تقدیم أمر و فرع یرتبط بالمقام، و هو أنّه لو کان له مال آخر لم یتعلّق به الخمس أصلا أو تعلّق و أخرجه، فهل یعتبر حینئذ إخراج المئونه من الربح أو منه أو منهما؟ وجوه: أقواها أقدمها إلّا فیما لو کان المال الآخر معدّا للصرف فی المئونه و کان ممّا یعتاد صرفه فی المئونه.

قال العلّامه الأنصاری فی تحقیق المسأله: إنّ المال الآخر تاره یکون من رأس المال و إن لم یکن فعلا ممّا یتّجر به، فلا إشکال فی عدم احتساب الربح منه.

و اخری لم یکن منه، لکن لم یعتد صرفه فی المئونه کالدار و الأرض،

و اخری لم یکن منه، لکن لم یعتد صرفه فی المئونه کالدار و الأرض، فحکمه کالقسم الأوّل.

و ثالثه: یکون ممّا اعتید صرفه فی المئونه کالزائد من الحنطه و الدراهم المهیّأه للمئونه فی السنه السابقه، فلا إشکال فی اعتبار المئونه منه، و وضع ما زاد من المئونه عنه من الربح و إخراج الخمس من الباقی.

و رابعه: لم یکن المال الآخر داخلا فی واحد من العناوین، بل تاره؛ منه إخراج المئونه، و اخری؛ لم یتّفق کالمال المقترض مثلا.

قال قدّس سرّه: ففی عدم اعتبار الخمس منه إشکال؛ لاحتمال کون تعیین المئونه الربح فی الأخبار مبتنیا علی الغالب، من الاحتیاج فی أخذ المئونه منه.

لکن یمکن منعه أوّلا بمنع الغلبه، و اخری بمنع کونه بحیث یصیر سببا لخروج المورد من تحت الأدلّه، فالقول باعتبار المئونه من الربح فقط معه لا یخلو من قوّه، فتأمّل جیّدا! (۱)

۱- السرائر: ۱/ ۴۸۶.

ص: ۲۴۵

رساله الوقف

اشاره

الکلام فی القبض فی الوقف

اشاره

قال فی «الشرائع»: (فلا یلزم إلّا بالإقباض) (۱). (۲)

و نقول- بعونه تعالی و هدایه أولیائه علیهم السّلام-: فیه جهات من الکلام من حیث الحکم التکلیفی و الوضعی و موضوعه و غیرها.

الاولی: فی معنی القبض کلّیا من حیث کونه هو الأمر العدمی- و هو التخلیه و رفع الید و أمثالهما- أو لا، بل یشمل الأمر الوجودی أیضا؟

لا إشکال فی أنّ حقیقه القبض لا یتحقّق فیما لو اعتبر (۳) ب «رفع الید عن الشی ء»، کما فی القبض المعبّر [به] فی البیع و الهبه و الرهن و غیرها؛ إذ هو مساوق للتسلیم و الأداء اللذین [هما] عبارتان عن التخلیه و جعل الشی ء تحت استیلاء الغیر، کما عبّر بلفظهما فی أکثر من هذه المقامات، منها ما نحن فیه حیث عبّر فی أخبار الوقف بلفظ التسلیم (۴).

نعم؛ قد یکتفی بالأمر العدمی کما بالنسبه إلی الحکم التکلیفی مثل باب

۱- شرائع الإسلام: ۲/ ۲۱۲.

۲- و لذا بنی علی أنّ رضا المالک بکون المال تحت ید الغاصب لا یخرج یده عن الضمان إلّا أن یوکّله فی القبض من قبل نفسه أیضا؛ إذ یده کدونه اقتضت الضمان، فلا تثمر صیرورتها الآن أمانیّه، فتأمّل! «منه رحمه اللّه».

۳- کذا، و الصحیح: عبّر.

۴- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۸۱ الحدیث ۲۴۳۹۹.

الغصب، حیث إنّ الحرمه لمّا کانت ناشئه من قبل وضع الید علی مال الغیر فترتفع برفع الید عنه، و لکن هنا أیضا الحکم الوضعی- و هو الضمان- لا یرتفع إلّا بتسلیم المال إلی صاحبه و إیصاله إلیه، حیث إنّ الغایه المأخوذه فی قاعده الید هی الأداء.

و بالجمله؛ تختلف المقامات من حیث ارتفاع الحکم التکلیفی و الوضعی بالاکتفاء بالأمر العدمی أو الاحتیاج إلی الوجودی أیضا، و لکن کلّما اعتبر القبض لا بدّ من الأمر الوجودی، ففی باب الضمانات مطلقا، الحکم التکلیفی یرتفع بمجرّد رفع الید عن المال المضمون، و لکنّ الحکم الوضعی لا یرتفع إلّا بعد تسلیم المال إلی صاحبه و وصوله إلیه، فهنا محلّ التفکیک بین الحکمین و منه یقع التفکیک بین الأمرین أیضا بحیث لو رفع الغاصب یده عن المال المغصوب و تاب فلا عصیان علیه؛ لارتفاع موضوع الحرمه الّذی هو التصرّف فی مال الغیر المستفاده من الأدلّه کقوله علیه السّلام: «لا یحلّ مال امرئ [مسلم] إلّا بطیب [من] نفسه» و أمثاله (۱).

الثانیه: فی موضوعه؛ لا خفاء فی أنّه أیضا یختلف بحسب الصغریات، أمّا فی مثل المنقولات بالظاهر إنّه یتوقّف علی الإیصال و استقرار العین تحت ید القابض الّتی هی کنایه عن الاستیلاء الخارجی، و لیس المراد بها الجارحه المخصوصه، کما حقّقنا ذلک فی بحث الغصب، فما لم تقع الأشیاء المنقوله تحت استیلاء القابض خارجا عرفا، لا یصدق القبض حینئذ و أنّ العین مقبوضه

۱- عوالی اللآلی: ۱/ ۲۲۲ الحدیث ۹۸ و ۲/ ۱۱۳ الحدیث ۳۰۹، و ۲/ ۲۴۰ الحدیث ۶ و ۳/ ۴۷۳ الحدیث ۳.

بالضروره، و هذا هو المراد من الأمر الوجودى المعتبر فى مفهوم القبض، هذا فى المنقول.

و أمّا غيره؛ فهو على قسمين؛ فإمّا أن يكون ممّا له الحرز، كالدار الّتى لها المفتاح، أو البستان كذلك، و إمّا ليس كذلك، كالأراضى المتّسعه.

أمّا فى الأوّل؛ فقبضه و جعله تحت استيلاء القابض إنّما يكون بتسليم الحرز و المفتاح إليه، إذ نفس المبيع أو العين الموقوفه و إن لم يكن قابلا لأن تقع تحت اليد إلّا أنه لمّا كان ما يحرزه و ما هو بمنزله نفس العين قابلا لذلك، فقبضها عرفا إنّما يكون بقبضه و جعله تحت الاستيلاء الّذى هو أمر اعتبارى لا بدّ له من كاشف و طريق ليس فى ما نحن فيه إلّا ذلك.

و أمّا القسم الثانى؛ فهو و إن لم يكن له طريق مبرز قطع علاقه البائع أو الواقف عن العين المبيعه أو الموقوفه، و حدوث العلاقه للغير بالنسبه إليها و صيرورته تحت استيلائه كالاولیين، إلّا أنّه لا إشكال أنّ هنا أيضا لا بدّ من مبرز ذلك بأىّ نحو يمكن؛ لما هو المسلّم من الكبرى الكلّى أنّ فى الأمور المشتركه و المشتبهه خارجا لا بدّ من ترتيبها بحيث بها ترتفع الشبهه و يتشخّص الأمر، فهنا لمّا كان الأمر كذلك، بمعنى أنّه لم يتبيّن خروج العين الموقوفه- كالآبار أو الأراضى المتّسعه- أنّها خرجت عن استيلاء الواقف و دخلت تحت استيلاء الموقوف عليهم- الّذى هذا معنى القبض المفروض اعتباره مطلقا- فلا محيص عن إيجاد المبرز بما أمكن، و لو بأن يجتمعا عند الموقوفه، و بعده يبقى الموقوف عليه أو وليّه و يخرج الواقف و هكذا البائع و المشترى و غيرهما، أو بأمثال ذلك ممّا يرتفع به الترديد و يصدق القبض عرفا.

فالحاصل؛ أنّ فی جمیع المقامات الثلاثه لا بدّ من إعمال ما ذکرنا، حیث إنّه مقتضی الدلیل حسب ما عرفت، و لو شکّ فیها مقتضی الأصل أیضا عدم الاکتفاء بأقلّ ما ذکرنا فی القبض؛ إذ الأصل الموضوعی و إن لم یکن فی البین لکون الشکّ فی مفهوم اللفظ، و لا أصل یجری فیه، لعدم أثر شرعی له، و المصداق أیضا لا مجری له، لکون أمره دائرا بین المقطوع عدم تحقّقه و المتیقّن وجوده، کما فی نظائره من الشبهات المفهومیّه کالیوم و اللیل، و الکرّ و العدّه و نحوها، و قد أوضحنا ذلک فی بحث الاصول أیضا إلّا أنّ الاصول الحکمیّه الجاریه فی هذه المقامات عند الشکّ کأصاله عدم تحقّق الوقف أو الانتقال تقتضی ما ذکرنا.

نعم؛ فیما إذا کان المتولّی نفس الواقف فالظاهر أنّه حینئذ لا یحتاج إلی المبرز مطلقا بل، یکفی القصد و نیّه تبدّل الید المالکی بعنوان التولیه.

الثالثه: فی حکم القبض من حیث کونه شرط صحّه الوقف أو لزومه، و قد وقع الخلاف فی ذلک، و لکنّه یمکن الجمع بین الکلمات بحمل کلام من اعتبره من حیث اللزوم علی الصحّه الفعلیّه لمکان أنّه متلازم معها و لا ینفکّ اللزوم فی العقود اللازمه علی الصحّه الفعلیّه فلذلک عبّر باللازم، فحینئذ ارتفع الخلاف إذ من یراه شرطا للصحّه لا ینکر صحّه التأهلیّه للوقف أیضا عند إجراء الصیغه له إلی أن تقبض، کما أنّه جمع بذلک أیضا بین الکلمات فی نظائر الباب کالرهن و الهبه و غیرهما.

و بالجمله؛ هذا الجمع حسن لو لم یعارضه صریح الکلمات، و الظاهر أنّه کذلک، بل ظاهرهم الإتقان علی توقّف الصحّه الفعلیّه علیه.

و كيف كـان؛ ينبغى التكلّم فى مـا تقتضـيه أدلّه الباب، فنقول- بعونه تعالى جلّ شأنه و توجّه أوليائه-: ثمّ إنّه تاره يقع الكلام فى الأدلّه الخاصّه و ما تقتضيه أخبار الباب، و اخرى فى الأدلّه العقليّه و مقتضى القواعد، و قبل الشروع فى البحث لا بدّ أن يعلم أوّلا أنّ المتسـالم عنـدهم بطلاـن الوقف بموت الواقف قبل القبض إمّا من جهه كونه عقـدا جائزا فيبطل بموت المتعاقـدين، و إمّا من عدم وقوعه رأسا؛ لعدم اجتماع شرائطه.

و ثانيـا: لا إشـكال أنّ العقود جائزا كان أو لازما بحـدوثها يؤثّر أثره الأبـدى، و لـذلك إبطال هـذا الأثر يتوقّف على الرجوع عن مضـمونه بأخـذ العين الّتى تعلّق بها العقـد و ردّها، كما فى المعاطاه، أو الفسـخ كما فى العقود الجائزه أو اللازمه، و إلّا فلا ينحلّ العقـد و لو نـدم بعـد حين، فكلّ عقد وقع صـحيحا مطلقا حلّه و إبطال أثره لا يمكن إلّا بأحد الأمرين: بالرجوع إلى العين بقصـد الفسخ، أو إنشائه، و لا ثالث لهما، كما هو واضح.

إذا تبيّن ذلك فنقول: أمّا الأدلّه الخاصّه؛ فمنها أخبار باب الصـدقه (۱)، حيث إنّ بناءهم على العمل بها فى باب الوقف (۲)، إمّا من جهه شمولها له لفظا كما هو الظاهر؛ لورود هذه اللفظه فى نفس أخبار الوقف أيضا، و إمّا لإلحاقه بها مناطا.

فعلى كلّ حال؛ يجرون أحكام الصدقه هنا إلّا ما خرج، و قد ورد فى

۱- وسائل الشيعه: ۱۹/ ۱۷۱ الباب ۱ من أبواب الوقوف و الصدقات.

۲- جواهر الكلام: ۲۸/ ۲.

أخبار الصدقه أنّه لو مات المتصدّق قبل التسليم فهو ميراث» (۱).

و من المعلوم؛ أنّ العنايه الّتی فی هذا التعبیر تقتضـی کون القبض شرطا للصحّه بالمعنی الّذی ذکرنا، و به جمعنا بین الکلمات، و هی الصـحّه الفعلیّه حیث إنّ المیراث هو الّذی ینتقل عن المتصـدّق بلا واسـطه إلی الوارث، و لو کان هو شـرطا لا للّزوم و کان العقـد من العقود الجـائزه صـحّ، فلاـ بـدّ و أن یقول علیه السّـلام: إنّ المال بالموت ینتقل إلی الولیّ و المورّث للانفساخ، ثمّ إلی الوارث، لما عرفت أنّ الوقف بناء علی الشرائط لزومه بالقبض یکون من العقود الجائزه.

و بالجمله؛ طبع هذه القضـیّه یقتضی أنّ بالموت ینتقل المال إلی الورثه و یکون کسائر أموال المیّت و لم یخرج عن کیسه أصلا، کما عبّر بمثله فی نظائر المقام مثل- علی ما ببالی- ما ورد فی الوصیّه الزائده علی الثلث (۲) أنّه کسبیل ماله یستکشف فی المقام أنّ المال علی حاله و لم یخرج عن ملک المیّت أصلا لبطلان العقد.

و منهـا؛ مـا ورد فی خصوص بـاب الوقف ممّـا یـدلّ علی اعتبـار القبض و هو روایه صـفوان، ففیهـا: سألته عن الرجل یوقف (۳) الضیعه ثمّ یبدو له أن یحدث فی ذلک شیئا- إلی أن قال علیه السّلام-: «و إن کانوا کبارا و لم یسلّمها إلیهم و لم یخاصموا حتّی یحوزوها عنه فله أن یرجع فیها» (۴).

فیستفاد من مفهوم جواز الرجوع بالبدو قبل القبض أیضا أنّه شرط للصحّه

۱- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۷۸ الحدیث ۲۴۳۹۲ و ۱۸۰ الحدیث ۲۴۳۹۶.

۲- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۲۷۵ الباب ۱۱ من کتاب الوصایا.

۳- فی المصدر: یقف.

۴- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۸۰ الحدیث ۲۴۳۹۵.

و أنّه لولاه فكأنّه ما وقع عقد، لما عرفت من أنّ البداء و الندم بالنسبه إلى إبطال المعامله لا يثمر شيئا، و لو كان العقد جائزا حيث إنّ بحدوثه أثّر أثره فارتفاعه متوقّف على الفسخ الّذى به ينحلّ، مع أنّ ظاهر المفهوم المزبور عدم الاحتياج إليه، و جواز الرجوع بصرف البدو، فتأمّل.

و أيضا ورد فى ذيل روايه اخرى: «فإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز» (۱) لأنّ الوالد هو الّذى يلى الأمر حيث إنّه لمّا كان الجواز بمعنى النفوذ المساوق للصحّه، و قد علّق ذلك بقبض الوالد فيستكشف منه أنّ الجواز موقوف على القبض، هذا مقتضى الأدلّه الخاصّه.

و أمّا قواعد الباب الّتى ليست قاعده فى البين إلّا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (۲) و أمثاله (۳) لعدم عمومات نفس باب الوقف فى مقام تشريع السبب، مثل الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها، فمقتضاها أنّ القبض شرط اللزوم؛ لمكان أنّ هذا العموم- أى وجوب الوفاء بالعقد- و إن كان قد خصّص، إلّا أنّه لمّا كان الأمر مردّدا من حيث تخصيص أدلّه القبض جميع مراتب عقد الوقف حتّى صحّته الّذى مقتضاه عدم لزوم الوفاء و لو كان العقد باقيا و لم يرفع بالفسخ، أو بعض مراتبه و هو اللزوم بعد الفسخ، فالقدر المتيقّن من هذا التخصيص هو الأخير، بمعنى أنّه بعد ما كانت الأدلّه شامله للعقود الجائزه قطعا؛ لأنّها عقد و مصداق، فعلى هذا العقود اللازمه أيضا داخله فى الأدلّه، و ما دام موضوعها باقيا يجب

۱- وسائل الشيعه: ۱۹/ ۱۷۸ الحديث ۲۴۳۹۲.

۲- البقره (۲): ۴۰، الرعد (۱۳): ۲۰، النحل (۱۶): ۹۱.

۳- المائده (۵): ۱.

الوفاء بها، فهی بمرتبه یجب الوفاء بها، و لها اللزوم الموقّت، و العقود اللازمه بجمیع مراتبها یجب الوفاء بها، کما أنّ العقد الباطل بکلّ مرتبه منه غیر مشمول لها، فحینئذ إذا بنی علی التخصیص القدر المتیقّن منه هو تخصیص بعض المراتب، حیث إنّ اللزوم هو قول الصحّه و مشتمل علیها، و مقتضی ذلک صیروره العقد من العقود الجائزه لا بطلانه، إن لم یقبض من أصله.

و لمّا کان المخصّص منفصلا فلا یوجب إجمال العامّ أیضا، حتّی یسقط عن الاعتبار من هذه الجهه، فإن لم تتمّ الأدلّه الخاصّه و أمکن المناقشه فیها فالمرجع هذه القاعده الّتی تبیّن کون مقتضاها کونه شرطا (۱) لا للّزوم، و لیس هنا دلیل خاصّ یدلّ علیه، و إن کان قد توهّم ذلک بالنسبه إلی الروایه الاخری الوارده فی خصوص المقام، و هی روایه العمری حیث إنّ فیها: «فصاحبه فیه بالخیار» (۲) .. إلی آخره، فقد استظهر من لفظه «الخیار» کونه من العقود الجائزه.

و لکن هذا واضح الفساد؛ ضروره أنّ المراد من الخیار فی المقام- کما فی سائر المقامات، مثل قوله فی بیع ما یملک و ما لا یملک أو غیره (۳): إن شاء أخذ و إن شاء ترک- الاختیار، و جواز رفع الید عن المضمون لا الخیار الاصطلاحی، فهذه الروایه و إن لم تکن دلیلا لنا کسائر الروایات، و لکن کونها دلیلا للخصم أیضا ممنوع.

و أمّا مقتضی الأصل فی المقام؛ فقد تقدّم أنّه و إن لم یکن أصل موضوعیّ

۱- کما مال إلیه فی «الجواهر» و یلوح منه ما بیّنا (جواهر الکلام: ۲۸/ ۱۰) فراجع و تأمّل! «منه رحمه اللّه».

۲- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۸۱ الحدیث ۲۴۳۹۹.

۳- لاحظ! وسائل الشیعه: ۱۷/ ۳۳۹ الباب ۲ من أبواب عقد البیع و شروطه.

و لکن مقتضی الأصل الحکم بعدم تحقّق الوقف.

هـذا؛ ثمّ إنّه بنـاء علی کون القبض شـرطا للصـحّه- کمـا هو الظـاهر- هـل هو کاشف أو ناقل؟ و هنا یقع الکلام فی مقامات من حیث إمکان أصل الکشف و مقتضی القواعد و الأدلّه الخاصّه و أخبارها.

أمّا المقام الأوّل؛ فقد حقّقنا البحث فیه فی باب البیع و من أراد التفصیل فلیرجع إلیه، و حاصل الکلام فی ذلک: أنّه إن بنینا علی کون الأسـباب الشـرعیّه من قبیـل التـأثیر و التـأثّرات الخـارجیّه، فـالحقّ أنّ الکشف بجمیع المعـانی لاـ یعقـل، لا فی مسأله إجازه الفضولی فی البیع، و لا فی القبض بالنسـبه إلی المقام و سائر المقامات؛ لاستحاله تحقّق الشی ء سابقا مع عدم تمامیّه علّته و تأخّر معدّاته و أسـبابه عن وجوده، فعلی هذا؛ الشـرط المتأخّر لا معنی له، لا علی ما ذهب إلیه [صاحب] «الفصول» من جعل الشرط هو تعقّب الأمر بوجود الشرط کلّما کان (۱)، و لا علی ما ذهب إلیه المشهور، کما هو واضح.

و إن بنینـا علی کونهـا من قبیـل الامور الاعتبـاریّه و أنّ أمرها موقوف علی الاعتبار و تابع للکیفیّه، فحینئـذ لا إشـکال فی تصویر الشـرط المتأخّر و إمکان تأثیر المتأخّر فی المتقـدّم، و ذلک لأنّه علی هذا؛ کلّ ما اقتضاه الاعتبار و الجعل الّذی تکون المصـلحه فیه نظیر الاعتباریّات الخارجیّه کالقیام للتعظیم أو التوهین و نحوهما.

و بالجمله؛ بناء علی اعتباریّه الأسـباب فلا فرق فی الشـرط المتقـدّم و المقارن و المتأخّر، فکما أنّ للمعتبر أن یجعل وجود شـی ء مقارن للمشروط فیه

۱- الفصول الغرویّه: ۷۳.

شرطا و سببا لتحقّقه، كذلک له أن يعتبره مقدّما أو مؤخّرا، كما يكون فی باب الاستصحاب، فيما لو فرضنا كان يقينا سابقا و عمل بمقتضاه، ثمّ بعد الخروج عن محلّ الابتلاء بالنسبه إلی ما عمل حدث الشکّ، كذلک فلا إشكال أنّ دليل الاستصحاب الّذی موضوعه الشاکّ حينئذ يجری، مع أنّ اليقين كان سابقا.

و بعباره اخری؛ كلا العنوانين لهما المدخليّه فی ثبوت الحكم الشرعی، مع أنّه فصّل بينهما و رتّب الأمر علی العمل السابق، و ليس ذلک إلّا لكون ظرف الجعل فعليّا و المجعول ظرفه سابق، لوجود المصلحه فی الإنشاء بهذه الكيفيّه، و الاعتبار كذلک، فهو ليس تابعا لوجود المصلحه فی ما تعلّق به الحكم، فعلی هذا يمكن الالتزام بالكشف و تأثير الأمر المتأخّر فی ما حصل سابقا، أی يتمّ الشرط المتأخّر و لا محذور فيه.

و لمّا كان التحقيق كون الأسباب الشرعيّه من قبيل الثانی؛ لعدم تعقّل التأثير الخارجی الحقيقی فيما لو كان المؤثّر أمرا تدريجيّا بحيث يتوقّف تحقّق الجزء اللاحق علی انعدام الجزء السابق، و إلّا يلزم أن يؤثّر المعدوم، فأمكن الالتزام بالكشف الحقيقی و البناء علی تحقّق مضمون المشروط فيه سابقا، إذا تحقّق الشرط لاحقا؛ لكون شرطيّته من باب الاعتبار، و لا مانع عقلی (۱) من ذلک، و لا دليل علی استحالته، فيصير هذا الحكم مقتضی القاعده، بحيث لو لم

۱- كيف لا يكون المانع العقلی، مع أنّه يلزم تقدّم المعلول علی العلّه، حيث إنّه للشرط المتأخّر له الدخل إمّا فی الإنشاء أو فی المنشأ، فعلی الأوّل الإنشاء لا يكون فعليّا، و علی الثانی المنشأ لا يكون كذلک، و إن أجاب عن ذلک- دام ظلّه- بأنّ هذه المحذورات بالنسبه إلی الأسباب الخارجيّه، و نقض بمثل باب الوصيّه الّتی التأثير معلّق علی الموت، و لكن مع ذلک كلّه بعد محلّ التأمّل واسع، و باب الوصيّه غير المقام، كما لا يخفی، «منه رحمه اللّه».

یعارضه الدلیل و وافقه القواعد بما یلتزم به، و لا یختصّ ذلک بباب البیع و الإجازه لورود الأخبار الخاصّه فیها، کما توهّم.

أمّا المقام الثانی؛ فبعد أن اتّضح فی المقام الأوّل إمکان الشرط المتأخّر و الکشف الحقیقی، بمعنی أن یکون التأثیر بتمامه لنفس العقد الواقع سابقا مع اشتراط الإجازه أو القبض فی المقام لو کنّا و الجمود بظاهر عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (۱) لکان المقتضی الحکم بالکشف الحقیقی علی المعنی الّذی التزم به [صاحب] الفصول قدّس سرّه و هو أن یکون الشرط هو تعقّب الإجازه أو القبض (۲).

فحینئذ کلّ ما تحقّق الشرط فی الخارج یجب الالتزام بمضمون العقد الّذی إطلاقه یقتضی التأثیر من حین وقوعه، و کذا إذا علم بتحقّق الشرط فی ما سیأتی و لو لم یتحقّق فعلا، و الوجه فی کون ذلک هو مقتضی عموم الدلیل هو عدم لزوم التخصیص فیه علی هذا أصلا و لو من زمان حصول العقد إلی لحوق الإجازه أو القبض، بل یجوز التصرّف فی هذا البین بخلاف معنی المشهور، حیث إنّه یلزم علیه التخصیص بهذا المقدار.

و لکن لمّا کان المعنی المزبور خلاف ما یستفاد من ظاهر أخبار الشرط و معاقد الإجماعات، حیث إنّ ظاهرها کون الإجازه و غیرها من الشروط بوجودها الخارجی معتبرا فی تأثیر العقد، فلا محیص حینئذ من الالتزام بتخصیص العموم بهذا المقدار.

و الحکم بالکشف؛ إذا تحقّق الشرط فی الخارج، بتقریب أنّه بعد أن أمکن

۱- المائده (۵): ۱.

۲- الفصول الغرویّه: ۷۳.

الشرط المتأخّر و تأثير اللاحق فى السابق، فحينئذ نقول: إنّه لا إشكال فى أنّ مقتضى العقد هو أن يؤثّر من حين تحقّقه، و هذا مضمونه، غايته أنّه قيّد ذلك و اشترط بالإجازه أو القبض، فإذا تحقّق الشرط بمقتضى عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يكون تأثير العقد من وقوعه من حيث انتقال العين و ما لها من التوابع.

و الالتزام بالنقل لمّا يستلزم تخصيصه، فأصاله عدمه يردّه فيتعيّن الكشف كما لا يخفى، فتأمّل.

المقام الثالث؛ فى ما يستظهر من الأدلّه الخاصّه، أمّا خصوص أخبار الباب؛ فالإنصاف أنّها تناسب الأمرين و تجتمع مع الكشف و النقل.

نعم؛ وردت فى باب الهبه روايات مفادها أنّه ما لم تقبض فلا هبه (۱) فظاهرها نفى الحقيقه رأسا إذا لم يقبض، و يكون نظير ما قلنا فى المشتقّ حيث إنّه نفى الجرى و الاتّصاف ما لم يتحقّق الشرط، و لا ريب أنّ الهبه من مصاديق الصدقه فكلّما يكون الحكم لجنس الصدقه، و المفروض أيضا تسالم الأصحاب من إجراء حكم الصدقه فى الوقف، بل عدّه منها فحينئذ؛ بناء على التعدّى من الهبه إلى الصدقه (۲) و منها إلى الوقف- كما هو التحقيق- فلا محيص من تخصيص القاعده المستفاده من عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بالأخبار المذكوره، و اللّه العالم.

۱- وسائل الشيعه: ۱۹/ ۲۳۲ الباب ۴ من كتاب الهبات.

۲- بل يمكن أن يستفاد من بعض أخبار الصدقه حيث إنّ ظاهر ما وردت فيها من أنّها ميراث إذا لم يقبض أنّه لم تخرج عن الملك رأسا، «منه رحمه اللّه».

من هو القابض فی الوقف؟

الجهه الرابعه فی القـابض؛ لاـ إشـكال أنّ فی الأوقـاف الخـاصّه القـابض هو الموقوف علیهم، إنّمـا الكلاـم فی أنّه هل یلزم قبض الحاضرین و الموجودین بأجمعهم، أو یكفی قبض بعضهم؟

الأقوی أنّه یكفی قبض البعض، و ذلک لأنّه بالنسـبه إلی القبول و إن بنینا علی لزوم قبض الجمیع إلّا أنّه كان وجهه فیه ما یستفاد من قضـیّه أَوْفُوا بِـالْعُقُودِ حیث إنّهـا لمّـا كـانت فی مكان «اوفوا بعقودكم» فهـذه الإضافه لا تتحقّق إلّا بقبض الجمیع، فلولاه فإنّما یصدق العقد بالنسبه إلی من قبض.

و هـذا بخلاـف المقام؛ لعـدم كون دلیل القبض أدلّه العقـد، بل الأدلّه الخاصّه، كما تقـدّم و من المعلوم؛ أنّ غایه ما یسـتفاد منها اعتبـار القبض علی نحو صـرف الوجود الّـذی ینطبق علی البعض، و ما كان فیها ما یـدلّ علی اعتبار قبض جمیع الموقوف علیهم، فحینئـذ لاـ ینبغی التأمّـل فی أنّه یكفی القبض فی الجمله، كمـا هو الموافق للأصل أیضا، فتأمّل! فإنّه إن اسـتظهر من الأدلّه إضافه القبض إلی الموقوف علیهم، فهذا ینصرف إلی قبض الجمیع.

و أمّـا فی الأوقـاف العـامّه سـواء كـان الوقف علی الجهه، كالمسـجد و القنطره، أو علی الطـبیعه و الأشـخاص، فلاـ بـدّ من قبض الحاكم أو قیّمه، أو متولّی الوقف و ناظره، أی كلّ من له التصرّف فیه و لا یكفی فیها قبض الأشخاص و مصادیق الطبیعه.

نعم؛ فی مثل وقف المسجد و المقبره یكفی فی تحقّق القبض بالنسبه إلیها

أن يصلّی أحد المسلمین فیها أو یدفن حسبما ادّعی فی ذلک من الإجماع (۱).

هذا لا إشکال فیه، إنّما الکلام فی مناقشه لصاحب «الجواهر» قدّس سرّه فی المقام من حیث الاکتفاء بقبض المتولّی، و حاصلها: أنّه لم یدلّ علی وجود مثل هذه السلطنه له دلیل، إذ ذلک یستلزم الولایه علی الموقوف علیهم الّتی هی منحصره بالولیّ العامّ و هو الحاکم، و کونه ناظرا و ولیّا علی الوقف لا یستلزم الولایه علیهم، بل ثبوت ولایته علیه یتوقّف علی تمامیّه الوقف، و المفروض توقّف ذلک علی القبض، فکیف یمکن أن یجعل قبضه من متمّماته و یکتفی به (۲).

و فیها: أنّه بعد أن لا إشکال فی أنّ اعتبار باب الوقف إنّما هو من حیث التفکیک بین أنحاء السلطنه و الحقوق الّتی للمالک بالنسبه إلی العین، فلا یبقی مجال لهذه المناقشه.

توضیح ذلک: أنّ للمالک السلطنه علی المال، و منها ینتزع عنوان الملکیّه، کما أنّه بذلک [له] التصرّف فیه بأیّ نحو شاء، و له النظاره علیه بما أراد، و إذا فرضنا أنّه یفکّک بین هذه الجهات و له ذلک بحیث إمضاء الشارع أیضا، مضافا إلی اعتبار العقلاء بأن یجعل ملکیّه عینه لشخص و اختیارها لشخص آخر، بأن یحرّم من حوّل ملکیّتها إلیه عن التصرّفات رأسا، و یستقلّ غیره فیه، کما أنّ له أن یجعل ما لنفسه من النظر الاستصوابی و الإشرافی علی المال الثالث، فیعبّر عن الأوّل بالموقوف علیه، و عن الثانی بالمتولّی أو الناظر، و عن الثالث بالمشرف أو المستصوب، فکلّ منهم قائم مقام المالک من جهه، فحینئذ لمّا کان لکلّ من

۱- مفتاح الکرامه: ۹/ ۲۸.

۲- جواهر الکلام: ۲۸/ ۲۴ و ۲۵.

هؤلاء حقّ فى المال و إن لم يكن لبعضهم التصرّف فيه على نحو الاستقلال، فيكفى قبض كلّ منهم إذا كان له التصرّف فيه، فيصير قبضه قبضا للوقف، و لمّا كان غايه ما يستفاد من الأدلّه اعتبار القبض فى الجمله لا شخص خاصّ، فلا مانع من الاكتفاء بقبض المتولّى و كلّ من قام مقامه، فتأمّل! فإنّ ما أفاده- دام ظلّه- موقوف على عدم ظهور الأدلّه و انصرافها إلى قبض الموقوف عليهم، مع أنّ إنكاره مشكل مضافا إلى أنّ عمده نظر صاحب «الجواهر» قدّس سرّه فيما لو جعل المتولّى قيّما لخصوص القبض لا أن يكون متولّيا و ناظرا على الوقف، مع أنّ مقتضى البيان المذكور الاكتفاء بقبضه أيضا، كما صرّح بذلك قدّس سرّه (۱) إذا اشكلت عليه، و هو كما ترى، و لعلّه يأتى الكلام فى هذه الفروع مزيدا على ذلك إن شاء اللّه تعالى.

شرائط الموقوف

اشاره

المبحث الثالث: فى شرائط الموقوف، و هى أربعه: أن تكون عينا مملوكه ينتفع بها مع بقاء عينها، و يصحّ إقباضها، هذه الامور لا كلام فى اعتبارها فى الجمله، و إنّما الكلام فى الشرط الرابع، حيث فرّعوا عليه امورا يجمعها عدم صحّه الوقف الكلّى، و ذكروا لذلك وجوها كلّها ضعيفه.

و التحقيق؛ أن يقال: إنّه لمّا لا اشكال فى أنّ القبض لا بدّ و أن يتعلّق بما ورد عليه العقد لا ما مغايره، فحينئذ إذا فرضنا كون العقد واقعا على الكلّى الّذى غير قابل للتحقّق إلّا فى ضمن الفرد، فيكون القبض تعلّق بالفرد الّذى هو المتشخّص

۱- جواهر الكلام: ۲۸/ ۶۵ و ۶۶.

بخصوصیّته الفردیّه فیلزم أن یکون المقبوض غیر مورد العقد، و هذا لا- ینافی کون الفرد عین الکلّی حیث إنّه مع ذلک فی الجمله المغایره محفوظه، و لذلک لا- یملک الکلّی ما لم یتشخّص، سواء کان فی البیع أو فی مثل الزکاه الّتی تتعلّق بالمال، فالفقیر لا یملک شیئا ما لم یتعیّن.

و بالجمله؛ لا بدّ فی الکلّی من أنّ یتشخّص نحو تشخّص حتّی یتعلّق به علقه الکلیّه و غیرها، فمن ذلک یستکشف أنّ الکلّی بما هو غیر قابل لأن یتعلّق به الإیجاب و القبول، و بینه و بین الفرد نحو مغایره، و لذلک لا- یکتفی به فی ما یعتبر القبض فیه فی أبواب المعاملات من الرهن و الهبه و غیرهما سوی باب الصرف، و له خصوصیّه قد أشرنا إلیها فی محلّه، و إلّا فمطلقا کان أو غیره لا یجوز کون الثمن کلیّا، و ما ذکرنا هو سرّه، حیث إنّ فی هذه المقامات لمّا کان لا بدّ و أن یکون الثمن و العوض نقدا و لا یصدق ذلک علی الکلّی لمکان أنّه ما لم یتشخّص لا یملک، فلذلک التزموا بعدم الاکتفاء به، هکذا أفاد- دام ظلّه-.

و فیه ما لا- یخفی؛ حیث إنّ ذلک مبنیّ علی عدم وجود الطبیعی فی الخارج و المغایره بین مصادیقه و نفسه، مع أنّ کلیهما خلاف التحقیق، و قد طعن- مدّ ظلّه- علی المحقّق القمّی قدّس سرّه لمّا عبّر عن الفرد بکونه مقدّمه للکلّی (۱) مرارا من جهه أنّها مستلزمه للمغایره و لا أقلّ من تخلّل «الفاء» فی التحقّق بین المقدّمه و ذی المقدّمه حتّی یصدق هذا المعنی، و اللّه العالم.

فروع

الأوّل: إنّه هل تجری الفضولی فی الوقف أم لا؟ فیه تفصیل؛ فإن قلنا بأنّ

۱- قوانین الاصول: ۱/ ۶۳.

الفضولی فی البیع و نحوه علی القاعده و لیس أمرا تعبدیّا محضا، کما هو الظاهر، حیث إنّه لمّا کان بالإجازه العقد یضاف إلی المجیز فیشمله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فیصیر کسائر العقود الصادره عن الأصیل، و لیس فیه أمر یخالف القواعد، و لکن هذا مبنیّ علی أن یکون الوقف من العقود حتّی یعتبر فیه البقاء لا الإبقاء، حیث إنّه أمر حدوثیّ محض، و لذلک لا یجری فیه الفسخ و نحوه ممّا یتوقّف علی وجود أمر فعلیّ حتّی ینحلّ، و إن مال إلی جریانه فیه أیضا صاحب «الجواهر» فی الطلاق (۱)، و لکن حقّقنا البحث فیه و منعنا عن جریانه فی الإیقاعات مطلقا؛ لما أشرنا إلیه من عدم اعتبار البقاء فیها حتّی تجری ما هو ملزومها.

و حیث قد بیّنّا فی أوّل الباب أنّ الوقف من العقود و یعتبر فیه القبول، فمن هذه الجهه لا یبقی فیه إشکال لمکان استکشاف بقائه منه اعتبارا، و إن کان أمرا حدوثیّا حقیقه کسائر العقود.

و لکن یبقی إشکال من جهه اخری و هی: أنّه لو کان الوجه فی اعتبار القبول فیه هی الإجماعات و إطلاق معاقدها فلمّا کان یثبت بها اللوازم أیضا الّتی منها وجود الفعلی للعقد و لا بدّ من إحرازه فی المقام فیتمّ الأمر، و أمّا إن کان دلیل اعتباره الأصل کما کان ذلک هو الوجه فی اعتبار القبول بالنسبه إلی الأوقاف العامّه، فحینئذ یشکل الأمر من جهه عدم ثبوت اللوازم به و هو الوجود الفعلی له.

و بالجمله؛ فلو کان إشکال فی المسأله من هذه الجهه و الظاهر أنّه لا یدفع عنه، و أمّا مسأله قصد القربه فلا إشکال فیه لأنّه نمنع أوّلا اعتباره فی مطلق

۱- جواهر الکلام: ۳۲/ ۳.

الوقف بـل إنّمـا يعتبر بالنسبه إلى المعدّ منه للخيرات لاـ كالوقف على الأولاد حيث إنّ الارتكاز فى أمثاله هو التمليك و رعايه الأولاد، و ثانيا؛ أنّه حين الإجازه لا مانع من قصده القربه، كما لا يخفى.

الثانى: يجوز وقف المشاع كما هو المشـهور، و إن كان قد يشكل فيه من حيث كون المشاع ملزوما للقسمه، فينافى التأبيد المعتبر فى الوقف؛ لمكان أنّه عنـد القسـمه لا بدّ من التبادل فيملّك كلّ من الشـريكين حصّـته فى كلّ جزء إلى الآخر فى مقابل تمليكه حصّته فيه، و التبادل ينافى الوقفيّه بالضروره.

فعلى هـذا فى وقف المتاع لا بـدّ من الالتزام بأحـد أمرين: إمّا أن يبنى على عـدم كون مثل هـذا المشاع ملزوما للقسـمه، أو عـدم مقتضى (۱) مثل هذا الوقف التأبيد.

و لكن هـذا يتوجّه لو كـان اعتبـار القسـمه هو التبادل و هو خلاف التحقيق؛ حيث إنّ اعتبارها هو التميّز، و جمع ما هو المبسوط، فكأنّ ملك كلّ الشـريكين و حصّـتهما كان منبسـطا فى تمام العين فبالتقسـيم تجمعها فى طرف، و يتميّز ما هو المخلوط، فحينئذ ليس شى ء فى البين ينافى التأبيد.

الثالث: وقع الخلاف فى جواز وقف من ينعتق على الموقوف عليه؛ و الأقوى الجواز، و ذلك لأنّ الاحتمالات المتصوّره فيه ثلاثه: عدم صحّه الوقف، صحّته و عدم تحقق العتق، صحّته و الانعتاق.

أمّـا الأـوّل؛ نظرا إلى أنّ الوقف لمّـا كان التأبيـد فى حقيقته مأخوذا، و المفروض أنّه لا يمكن فى المقام، حيث إنّ مقتضـى دليل العتق و عمومه انعتاق

۱- كذا، و الأحسن: اقتضاء.

الوقف بالانتقال إلى الموقوف عليه فيكون باطلا.

أمّا الثالث؛ فلأنّه الجمع بين الدليلين غايته أنّ جهه التأبيد فى مثل هذا الوقف مفقوده، فيصير من قبيل الوقف الّذى لا يستعدّ فى حدّ نفسه إلّا للبقاء مدّه لا أبدا، فلمّا كان الأمر دائرا بين رفع اليد عن أصل أحد دليلى الوقف و العتق أو هذا الشرط فالثانى متعيّن، لما عرفت من أنّه بعد انقطاعه ليس من جهه شرط و نحوه حتّى ينافى حقيقه الوقف، بل من قبيل الوقف الّذى فى حدّ ذاته قاصر عن البقاء أبدا، فلا يصير ذلک مانعا من وقوع الوقف أو العتق، و لا أحدهما عن الآخر، بعد أن عمل بمقتضى كلّ منهما.

و أمّا الثانى الّذى هو الحقّ؛ فلأنّ الأمر لمّا كان دائرا بين التخصيص و التخصّص و الثانى هو المتعيّن فتكون النتيجه ما قوّيناه؛ لمكان أنّه لو قدّم الوقف عملا بعموم السلطنه، و دليل «اوفوا» فلا يبقى حينئذ موضوع للانعتاق؛ حيث إنّ ظاهر أدلّته هو انعتاق المملوک الطلق- أى الخالص- و لو قدّم دليل العتق يكون تخصيصا لأدلّه السلطنه و غيرها.

و لا ريب أنّ تخصيصه له يتوقّف على عدم جريان تلک الأدلّه، فيستلزم الدور، كما فى كلّ ما دار الأمر بين التخصيص و التخصّص، و من ذلک ظهر ضعف الوجهين الآخرين، أمّا الأوّل فواضح؛ ضروره أنّ عدم صحّه الوقف فرع وجود المانع، و قد علمت عدم وجود شى ء قابل للمنع عنه، و هكذا الأخير حيث إنّ رفع اليد عن مقتضى عقد الوقف و هو التأبيد يتوقّف على قصوره فى نفسه على التقريب المذكور و هو يتوقّف على حصول الانعتاق، و على ما ذكرنا ليس له موضوع كما لا يخفى.

شرائط الواقف

المبحث الرابع: فی شرائط الواقف، و فیه مسائل:

الاولی، لا إشکال فی أنّ للواقف أن یجعل النظاره- التی حسب اصطلاحهم بمعنی تولیه الأمر- لنفسه کما له أن یجعلها لغیره، لما تقدّم من أنّ الوقف اعتباره هو البسط فما کان للمالک من الاعتبارات و العلقه من الملکیّه و السلطنه و النظر علی العین، و کانت مجتمعه فیها، فعند الوقف تبسط هذه الأمور و یجعل کلّ واحد من هذه الشئون لأحد، کما له أن یجعلها لواحد فکذلک له أن یجعل هذا المقام لنفسه، فکأنّه من أوّل الأمر لا یسلب هذه المرتبه من العلاقه و الشأن عن نفسه فحینئذ لا مانع من ذلک، کما یوافقه العمومات أیضا (۱).

نعم؛ وقع الإشکال و الخلاف فی أنّه هل له أن یجعل الحقّ لنفسه کما لغیره من النظّار، أم لا؟ فمنعه بعض نظرا إلی أنّ ذلک یکون وقفا علی النفس (۲) الّذی لا ریب فی بطلانه، و لکنّ الأقوی عدم الإشکال من هذه الجهه أیضا، حیث إنّ حقّ النّظاره و التولیه اعتباره الجعل و حقّ العمل، فکأنّه استثناء عن الوقف الّذی یجوز ذلک فی الجمله کما یدلّ علیه عموم «النّاس» (۳)، و «الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها» (۴).

فبالنسبه إلی ما لو کان الواقف هو الناظر بنفسه أیضا. لمّا کان اعتباره ما

۱- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۷۵ الباب ۲ من أبواب الوقوف و الصدقات.

۲- السرائر: ۳/ ۱۵۶.

۳- عوالی اللآلی: ۱/ ۲۲۲ الحدیث ۹۹.

۴- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۷۵ الحدیث ۲۴۳۸۶.

ذکر، و خارجا عن حقیقه الوقف یجوز ذلک، و اللّه العالم.

الثانیه: لا یعتبر فی المتولّی العداله، بل و لا الإسلام و إن زعمه جمع، و ذلک لأنّ منشأ توهّم اعتبارها کون النظاره و التولیه من باب الولایه، فحیث کانت شرافه هذا المنصب تنافی الفسق و الکفر (۱)، کما زعموا ذلک فی کثیر من الموارد کالوصیّ و المقسّم و أمثالهما، فمنعوا عنهما و اعتبروا ما هو مشروط فی الأولیاء، لکن لمّا کان المبنی فاسدا فلا وجه للمنع المزبور، حیث إنّ النظاره اعتبارها هو الولایه علی الأمر من الجمع و التقسیم و غیر ذلک، کلّما کان شأن المباشرین من الترتیب و التنظیم.

و یدلّ علی هذا المعنی التوقیع المبارک مضمونه: «و أمّا ما سألت من أمر الرجل الّذی یجعل لناحیتنا ضیعه و یسلّمها من قیّم یقوم فیها و یعمرها و یؤدّی من دخلها خراجها و مئونتها» (۲) .. إلی آخره.

و بالجمله؛ قد عرفت أنّ عنوان التولیه هو الشأن الّذی لنفس الواقف من الاختیار علی المال فحین الوقف و بسطه شئونه یجعل شأنه هذا لمن یرید، و لیس له المنصب حتّی أمکنه جعل الولایه، فیقال: لیس للفاسق و [لا] للکافر تولّی هذا الأمر أصلا، مضافا إلی استلزامه السبیل، فإنّ ذلک ممتنع بالنسبه إلی من لا ولایه له، و هکذا باب الوصیّه و أمثالها، فلا وجه للتوهّم المزبور، و لا غبار فی المسأله إن شاء اللّه تعالی.

الثالثه: الناظر إذا قبل؛ یلزم علیه، کما هو مقتضی عموم أَوْفُوا

۱- إن لم یکن بالنسبه إلیه اجماع، فراجع! «منه رحمه اللّه».

۲- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۸۱ الحدیث ۲۴۳۹۹.

بِالْعُقُودِ (۱)، إذ لا إشكال فى أنّ الناظر و المتولّى أيضا طرف للعقد كالموقوف عليه، و لا فرق بين هذا العقد و سائر العقود إلّا أنّ لذلك يمكن تصوير أطراف، كما تقدّم حيثيّه اعتباره، و لو سلّمنا المناقشه فيه من جهه عدم كونه طرفا حقيقيّا للعقد، فنقول: لا أقلّ من كون اعتباره اعتبار الشرط و نحوه، فكيف كان له تعلّق بالعقد فيشمله العموم.

نعم؛ لو لم يجعل له حقّ فله أن يأخذ أجره مثل عمله عن الوقف لا لاحترام عمله و تضمين الواقف، كما قد يتوهّم، لفساد ذلك، حيث إنّ المفروض أنّ عمله إنّما يكون بأمر الواقف، و لا ربط له بالموقوف عليهم الّذين العين انتقل إليهم، و لا أمر صدر عنهم فيكون عمله بالنسبه إليهم كمن أقدم على عمل لشخص مجّانا، بل لأنّه عند القبول لمّا كان قبل العمل الجامع بين كونه مجّانا و غير مجّان- كما يقتضيه إطلاق الإنشاء و الإيجاب ما لم يصرّح الموجب بشى ء- فله أن يختار كلّا من الفردين، فتأمّل! فإنّه ربما يكون الموجب و القابل غافلا- عن هذه الجهه رأسا مضافا إلى كون ذلك منافيا لما اختاره- مدّ ظلّه- من اعتبار حقّ التوليه و النظاره، كما سنشير إليه.

الرابعه: الظاهر؛ أنّ حقّ النظاره اعتباره من باب الوظيفه، و أنّه يكون من قبيل المستمرّى و المصرف، لا أنّه من باب الاجره و الجعل فى مقابل العمل، بمعنى أنّ طبعه الأوّلى لا يقتضى ذلك و إن أمكن الجعل بعنوان الأجره أيضا، و لكنّ الغرض غالبا ليس إلّا كونه من جمله المصارف قد استثنى من الوقف للعنوان المزبور، و لو بأن يصير داعيا على قيام الناظر و ما يلحقه على وظيفته.

۱- المائده (۵): ۱.

و على كلّ تقدير تظهر الثمره فى أنّه على الأوّل لو انكشف العين الموقوفه مستحقّا للغير، و قد كان الناظر لم يأخذ حقّه فليس على الواقف شى ء، بل و لو أخذ و كانت العين باقيه يجب ردّها إلى مالك العين، فلو كان عمل بوظيفته ليس له أن يطالب الواقف اجره حيث إنّه لا ربط له بعد الانكشاف إلّا من جهه غروره.

فيمكن أن يقال بمقتضى قاعده الغرر، له الرجوع، و له مطالبه اجره المثل، بخلاف الثانى، فعليه مطالبه اجره المثل و ليس له إعاده ما اخذ.

الخامسه: إذا اعتبر الواقف العداله فى الناظر فهل ينعزل بخروجه عن الوصف و فسقه أم لا؟ و هذا على قسمين: فتاره يعيّن شخصا خاصّا مع اشتراطه وصف العداله فيه، و اخرى لا بل يجعل الأمر للعنوان، لا إشكال فى انعزاله على كلّ تقدير بزوال الوصف.

إنّما الكلام فى أنّه هل يلزم حينئذ على الحاكم أن ينضمّ إليه عادل أو يجعل شخصا آخر وليّا على الوقف مستقلّا أم لا؟

الظاهر؛ أنّ الحكم بذلك- أى لزوم أحد الأمرين- يتوقّف على إحراز نظر الواقف من حيث تعدّد المطلوب، و أنّه أراد أن يتولّى هذا الشخص إذا كان عادلا، و إلّا فشخص آخر، و هكذا فى الصوره الثانيه أراد الناظر لوقفه، فإن أمكن العادل فهو، و إلّا فغيره.

فعلى هذا؛ يلزم على الحاكم تعيين شخص آخر، و أمّا لو لم يكن كذلك، بل كان منظوره وحده المطلوب فلا.

ثمّ إنّ ولايه الحاكم فى أمثال هذه المقامات من باب عدم لزوم نقض الغرض و حفظ مصلحه الوقف حسبما عمّمنا دائره الولايه، و بنينا على أنّ كلّ ما

یتولّاه حکّام الجور من العزل و النصب و غیرهما بمناط عدم الردع مشروع لحکّامنا أیضا.

و من ذلک نقول: لو رأی الحاکم المصلحه فی عزل الناظر المنصوب لخیانته أو یضمّ إلیه آخر؛ له ذلک إن لم یکن الواقف حین العقد لم یعلم بذلک، و لم یوقف علی نحو الإطلاق، و الناظر کذلک فإنّ الأقوی أنّ له ذلک بأن یجعل الناظر مختارا فیفعل کیفما شاء، ما لم یضرّ بحقیقه الوقف، و لم یناف التسبیل و اللّه العالم.

السادسه: لو جعل الناظر اثنین فمات أحدهما فهل یلزم ضمّ آخر إلیه من قبل الحاکم أم یستقلّ الثانی؟ أو اشترط العداله فیهما ففسق أحدهما.

الاحتمالات المتصوره ثبوتا لا یخلو عن وجوه: فتاره؛ یجعل النظاره للجامع بین الشخصین بحیث ینطبق علی أوّل الفردین.

و اخری؛ یجعلها لهما علی نحو الشریک.

و ثالثه؛ یجعل لهما علی نحو الاستقلال بأن یکون کلّ منهما ذا النظر التامّ.

و رابعه؛ یجعلهما کذلک إلّا أنّه یشترط فی تصرّفهما نظر الآخر.

و الفرق بین الوجوه الأربعه؛ فی أنّه علی الثانی جمیع التصرّفات یتوقّف علی نظر کلیهما، و لا ینفذ أیّ تصرف کان منهما إلّا بتصویب الآخر، حیث إنّهما بمنزله متولّ واحد، فلا یجوز لأحدهما أن یسبق إلی عمل إلّا أن یجیز الآخر.

و علی الثالث: یکون لکلّ منهما التصرّف، فلو سبق أحدهما إلی عمل ینفذ، و لیس للآخر المنع أصلا.

نعم؛ ما لم یختم الأمر یجوز للآخر المزاحمه فیما بقی من العمل، و لو تشاحّا ینتهی الأمر إلی الحاکم.

و على الرابع: ليس لأحدهما التصرّف إلّا برضى الآخر و إذنه، و إن كان له الاستقلال، و لكن مشروط بنظر الآخر حتّى فى مقدّمات العمل، و على الأوّل كذلك أى لكلّ منهما الاستقلال لانطباق الطبيعه، على أوّل الأفراد و لا يشترط بشى ء.

هذا كلّه؛ بالنسبه إلى عالم الثبوت، و أمّا من حيث الإثبات يمكن الدعوى قريبا بأنّ إطلاق الجعل يشمل الصوره الثالثه، و أنّ ظاهره كونهما مستقلّين، فعلى هذا إذا مات أحدهما أو فسق لا يلزم الضمّ إلى الباقى، و لكن بناء على استظهار الشريک أيضا لا يمكن الحكم القطعى بلزوم الضمّ حيث إنّ ذلک يتوقّف على إحراز تعدّد المطلوب و أنّ الواقف أراد مطلق الاثنين، و هو خلاف الظاهر بل الظاهر؛ وحده المطلوب و أنّ إرادته ما تعدّى عمّا عيّنهما إلى غيرهما، و هذا لا ينافى بقاء الباقى و الواحد الآخر على نظارته و ولايته، و إن كان قد يقال: إنّه بناء على وحده المطلوب يلزم زوال نظارته أيضا لفقد الجزء المراد كما قالوا بمثله فى الوصيّين، و لكن هذا مدخول، حيث إنّ الظاهر من هذه الجهه هو تعدّد المطلوب بأن يجعل الناظر كليهما ما داما موجودين و أحدهما إذا فقد الآخر.

و كيف كان؛ الالتزام بالضمّ يحتاج إلى الدليل الّذى لم يثبت لنا، مع أنّ الأصل أيضا بقاء الآخر على ما كان عليه من النظر، و هكذا فى باب الوصيّ فتأمّل!

السابعه: إذا لم يعيّن الواقف ناظرا فهل ولايته تبقى له، أو تكون للموقوف عليه أو للحاكم؟ قد يتوهّم- بناء على ما ذكرنا من أنّ للواقف بسط شئونه و جمعه- أنّه حينئذ لمّا لم يعيّن ناظرا فيبقى هذا الشأن لنفسه حيث لم يسلب عن نفسه.

و لكنّه؛ مدفوع من جهه أنّ ما قلناه إنّما هو بالنسبه إلى أوّل الأمر الذى تكون هذه الشئون جميعها له تبعا لمالكيّته، و إذا فرضنا أنّه سلب العلقه الأصليّه عن نفسه، و جعلها لغيره بلا نظر إلى شئونه الاخر، فهى أيضا تسلب عنه لكونها تابعه للملكيّه الزائله.

فمن ذلك، يظهر أنّ الأقوى هو القول الثانى، ضروره أنّ إطلاق النقل يقتضى انتقال جميع الشئون الّتى للمالك إلى المنتقل إليه تبعا لانتقال الملكيّه إليه، و لكن هذا لا مطلقا، بأن يكون للمنتقل إليه الفعلى و الموقوف عليه الموجود تمام السلطنه على العين و لو استلزم التصرّف فى المنافع و حقوق البطون اللاحقه، لمكان أنّ ذلك مقتضى الانتقال المطلق.

و أمّا إذا لم يكن كذلك؛ هل الملكيّه تكون تقطيعيّه- كما هو المفروض فى الوقف- على البطون فحينئذ تصير السلطنه و النظاره أيضا منقطعه كما هو مقتضى التبعيّه، فليس للبطن الأوّل النظاره على الملك إلّا بالنسبه إلى زمانهم، و أمّا بالنسبه إلى البطون اللّاحقه فليست تصرّفاتهم نافذه أصلا.

نعم؛ لو اقتضت المصلحه ذلك أى تصرّفا فى العين بحيث يشمل حقّهم للحاكم أن يلى الأمر حينئذ لإطلاق ولايته.

و بالجمله؛ ولايه أمر الوقف فى كلّ زمان للموقوف عليهم الموجودين فيه لا للحاكم، و لا للواقف هكذا ينبغى أن يحرّر المقام و اللّه ولىّ الإنعام.

شرائط لموقوف عليهم

اشاره

المبحث الرابع: فى شرائط الموقوف عليهم الّذى يعتبر فيهم المعلوميّه،

إنّما الإشكال فی ما اشترطوا فیهم من أنّه لا بدّ و أن یکونوا عند العقد موجودین، فینقض ذلک بامور، و قبل الخوض فی المقصد ینبغی ذکر صور المعدوم.

أحدها: المعدوم الّذی لیس قابلا للوجود رأسا، بحیث یستحیل أن یوجد عاده، و لیس له اقتضاء الوجود أصلا.

ثانیها: ما لیس بموجود فعلا إلّا أنّ له اقتضاء الوجود کالوقف علی أولاد الأولاد مع عدمهم الآن، و لکن آباؤهم موجودون.

ثالثها: الوقف علی المعدومین تبعا لهم علی الموجودین.

أمّا الصوره الاولی؛ فالظاهر أنّه لا خلاف و لا إشکال فی أنّه لا یصحّ الوقف، و وجهه واضح حیث أنّه لمّا کان الوقف اعتباره التملیک، فکما أنّه لا بد له من مملّک و مملوک، فکذلک لا بد له من المتملّک، و المعدوم المطلق لیس قابلا له بحیث یصیر أوّلا و بالذّات معروضا لهذا الوصف، و لا یعتبره العقلاء لذلک کما لا یخفی.

و أمّا الصوره الثانیه؛ فهکذا فإنّه و إن کان مقتضی الوجود لهم محقّقا إلّا أنّه مع ذلک؛ المعدوم لیس قابلا للتملّک، و صرف الاقتضاء له لیس محلّا لاعتبار العقلاء.

ثمّ إنّه تاره ینتقض هذه الصوره بباب المنافع، حیث إنّها مع عدم تحقّقها فعلا یعتبرون لها الوجود، و لذلک تؤجر بل تباع، کما فی بیع الأثمار، و تضمن فی المنافع الغیر المستوفاه، مع أنّه لا فرق بین المملوک و المتملک من هذه الجهه أی لا بدّ فیهما من الوجود.

و فیه؛ إنّه کمال الفرق بین باب المنافع و المقام، حیث أنّ فیها لوجود

المقتضی- و هو العین القابله لخروج المنافع و الثمره عنها کالدار، و الأشجار المثمره و نحوهما- العقلاء یعتبرون لها الوجود بحیث یرون المالک للعین مالکا لها فعلا بل یبذلون بإزائها المال، بخلاف المقام فإنّه بوجود الآباء و الامّهات لا یعتبرون الوجود الفعلی للأولاد، کما لا یخفی.

و اخری؛ بالوقف علی البطون اللاحقه الغیر الموجوده فعلا فکیف یعتبر الملکیّه الفعلیّه لهم عند انقراض البطن الأوّل أو عدمه مع اعتبار شریکهم لهم بعد بالوجود؟ فلو کان وجه المنع فی المعدوم الابتدائی عدم قابلیّته للتملّک فهذا المناط بعینه جار بالنسبه إلیهم و کونهم تبعا، لا یندفع به الإشکال، ضروره أنّ المفروض اعتبار تملّک العین لهم فی زمان وجودهم الآن، فالتبعیّه (۱) أیّ ثمره لها فی ذلک؟

هذا؛ و لکن یمکن دفع ذلک أیضا بمنع کون التملیک بالنسبه إلی المعدوم فعلا متجزّئا.

توضیح ذلک: أنّه إمّا بناء علی عدم کون الوقف تملیکا بل إیقافا، و التملیک إنّما یتعلّق بالمنافع کما قوّیناه و اختاره فی «العروه» أیضا (۲)، فلأنّه لمّا کانت المنافع وجودها تدریجیّا بحیث تمرّ مع الزمان و تتقطّع به؛ فحینئذ یعتبر لها وجودات متباینه، فبالنسبه إلی کلّ قطعه من الزمان لها وجود غیر الوجود السابق، فإذا اضیفت المنافع- الّتی اعتبارها کذلک- إلی الطبقات المتعاقبه و انتقلت إلیهم فتکون حینئذ تملیکات متعدّده بتعدّد الطبقات.

۱- بل یمکن منع معنی التبعیّه هنا خصوصا فی الوقف الترتیبی أصلا، «منه رحمه اللّه».

۲- العروه الوثقی: ۲/ ۵۷۴.

و من المعلوم؛ أنّ لازم ذلک هو تعلیق تملیک کلّ طبقه إلی وجودهم، و تکون هـذه حقیقه الوقف الترتیبی، بأنّه یکون التملیک إلی کـلّ بطن مشـروطا بمجی ء زمـانهم و وجودهم، بـل یکون کـذلک بالنسـبه إلی المعـدومین المشارکین مع الموجودین بعد وجودهم، غایته أنّه بالنسبه إلیهم توسعه و تضیّق فی تملیک واحد، فهما یختلفان باختلاف مراتب الطبقات کثره و قلّه.

و بالجمله؛ فلیس علی هـذا تملیک متجزّئ مع فقد المتملّک، بل [یکون] التنجیز فقط بالنسـبه إلی البطن الموجود، و بالنسـبه إلی غیره تعلیق و لا یضـرّ هذا بشی ء حیث إنّ القدر المتیقّن من الإجماع المانع عن التعلیق إنّما هو فی الوقف الابتدائی و بالنسبه إلی الطبقه الاولی.

و أمّا بالنسبه إلی الطبقات اللاحقه فلا مانع، لا شرعا و لا عقلا، حسبما هو التحقیق من أنّ التعلیق فی العقود لا استحاله لها.

و أمّـا بنـاء علی کون الوقف تملیکا کما ینسب إلی المشـهور فنقول: إنّه و إن کانت العین لیس لها وجود تـدریجیّ، حتّی یجری فیها التقطیع، بل وجودها قارّ و الزمان یمرّ علیها فلذلک یصیر التملیک المتعلّق بها أیضا من الامور القارّه لا یعقل التقطیع فیها، إلّا أنّه لمّا لا إشکال فی أنّ التملیک الواحـد یمکن تصویر المراتب له حیث إنّه قـد لا یکون للملکیّه أمد فهی المطلقه، و قد یکون لهـا الأمـد و هی تختلف بحسب اختلاف الاعتبار، إذ حقیقه التملیک لیس إلّا أمرا اعتباریّا، فهو تابع لکیفیّه الاعتبار الّتی فی باب الوقف تملیکات علی البطون المتعاقبه، غایته أنّه بالنسـبه إلی البطن الأوّل الموجود متنجّز، و بالنسبه إلی البطون اللاحقه معلّق فی الحقیقه علی وجودهم، و قد تقدّم أنّ هذا التعلیق لا یضرّ بشی ء.

فالحاصل؛ أنّه كمال الفرق بين الوقف على المعدوم ابتداء، و ما إذا كان كذلك بعد الوقف على الموجود و مترتّبا عليه، حيث إنّ فى الأوّل التنجز، بل لا بدّ من التعليق الموجب للبطلان بخلاف الثانى الّذى لا يضرّه التعليق، فلا مجال للمقايسه، فتدبّر!

و ثالثه: ينتقض بمسأله الوقف على الطبيعه الغير الموجود لها فرد فعلا حين إجراء العقد.

و فيه؛ أنّها لو كانت ممّا لا يتحقّق لها مصداق أصلا كالوقف على طبيعه العالم بما كان و ما يكون، و ما هو كائن (۱) فهذا باطل بلا كلام، و لو كانت ممّا يمكن أن يوجد لها مصداق كالوقف على العالم؛ فهذا و إن لم يكن له فرد فعلا إلّا أنّ إمكان تحقّقه له و قابليه تحقّق الطبيعه يوجب اعتبار الوجود لها عند العقلاء فعلا، و لا يتوقّف ذلك على وجود الفرد الفعلى لها كما لا يخفى، فتأمّل!

ثمّ إنّه إذا انضم المعدوم إلى الموجود فهل مقتضى القاعده بطلان الوقف مطلقا، أو يصحّ بالنسبه إلى الموجود، أو التفصيل بين الوقف الترتيبى و التشريكى؟

المشهور: البطلان بالنسبه إلى الجميع فى الوقف الترتيبى، و أمّا فى التشريكى فقد أسند فى «الجواهر» صحّته إلى الأكثر (۲).

و لكنّه يمكن الالتزام بالوجه الثانى مع التفصيل بين ما لو كانت الطبقه الاولى المعدومه يفرض لها الانقراض على فرض وجودهم فيصحّ حينئذ، و ما لم

۱- مستثنى منه صاحب الزمان أرواحنا له الفداء «منه رحمه اللّه».

۲- جواهر الكلام: ۲۸/ ۲۸.

يفرض لها الانقراض فيبطل حتّى بالنسبه إلى الموجودين.

توضيح ذلك، التفصيل مبناه مسأله تحليل الإنشاء و المنشأ و البناء على استظهار تعدّد المطلوب و لكن ضيق المجال لم يسعنى أن أذكر الوجه فيه مع ما أفاد- دام ظلّه- من الوجوه المختلفه و الفروع الكثيره فى المقام و اللّه الموفّق.

الوقف على المملوک

و أمّا الوقف على المملوك؛ فالّذى عليه الأصحاب بطلانه مطلقا بناء على عدم تملّك العبد شيئا و عدم انصرافه إلى مولاه، و مع قطع النظر عن ذلك فنقول بعد الاستعانه به تعالى: أمّا بناء على كون حقيقه الوقف هو الإيقاف بالنسبه إلى العين و التمليك، إنّما هو من حيث منافعه فيمكن أن يقال: مقتضى القاعده صحّه الوقف من جهه أنّ العبد و إن لم يكن قابلا لتملّك المنافع، إلّا أنّه لا قصور فيه من حيث صيرورته مصرفا له، نظير سائر الأوقاف على المصارف، غايته أنّ فيها على حسب أصل الوقف و اعتبار الواقف، و فى المقام من حيث تصوّر المقتضى نفسه بحيث لولاه كان مقتضى الإطلاق التملّك الحقيقى للمنفعه، فهذا يكون من قبيل إطلاق اليد على عين حيث إنّها مقتضى الملكيّه المطلقه لصاحبها، و إذا انتفاها ذو اليد فتصير يده عليها أمانيّه، و إذا نفاها أيضا فلا يحكم بغصبيّته، و لا يجوز أخذها منه إلى أن يصل حتّى يثبت كون يده عدوانيّا.

فهذه مراتب لليد، بحيث زوال اعتبار مرتبتها السابقه لا يستلزم زوال أثارها اللّاحقه، فكذلك فى ما نحن فيه لمّا كان لتملّك المنفعه مراتب من تملّك نفسها أو الانتفاع بها إلى أن يصير الشخص مصرفا لها بحيث لم يكن له تصرّف

فيها أصلا، بل كان من قبيل الصغير الّذى يصرف له غيره.

فحينئذ؛ كلّ مرتبه منها لم يمكن أن يتحقّق إمّا كقصور فى المقتضى، أو لوجود المانع فينتهى الأمر إلى الأخرى، و هنا لمّا كان المفروض عدم إمكان تملّك العبد فيصير مصرفا له لعدم مانع عنه أصلا.

و أمّا بناء على كون حقيقته هو التمليك كما هو ظاهرهم، خصوصا فى الأوقاف الخاصّه، فبناء على كون الملكيّه من الامور الغير القارّه التدريجيّه فالوقف على الطبقات إنّما هى ملكيّه واحده لجميعها من قبيل تمليك المنافع، كما مال إليه بعض فالتزموا بالتقطيع فى الملكيّه (۱)، فحينئذ لو كان الوقف على العبد من حيث كونه إحدى الطبقات، فلمّا ليست له ملكيّه مطلقه للعين بل عنوانه عليها من قبيل الشركه الطوليّه، و الأدلّه المستفاده منها حجره؛ منصرفه عن مثل هذه الملكيّه فيمكن الحكم بصحّه الوقف أيضا.

نعم؛ بناء على كون الملكيّه مطلقه، كما هو التحقيق فلمّا تصير حينئذ تملّكه للعين مطلقه، و إن لم يكن له عليها سلطنه تامّه، من حيث تعلّق حقّ بقيّه الطبقات بها فالأدلّه حينئذ ليست قاصره عن الحجر عنها، فيشكل الأمر و لا محيص عن الحكم بالبطلان.

هذا؛ و لكن يمكن تصحيحه على هذا أيضا بأن يقال: لمّا لا إشكال فى أنّ مقتضى التملّك بالنسبه إلى العبد موجود، كما هو ظاهر أدلّه حجر العبد مثل قوله: (العبد و ماله لمولاه) (۲) حيث إنّ ظاهر مفاده أنّ له المال، و لكن هو و ماله

۱- جواهر الكلام: ۲۸/ ۲۹.

۲- انظر! وسائل الشيعه: ۱۸/ ۲۵۷ الحديث ۲۳۶۲۱.

لمـالکه، فیکون تملّـک العبـد ممّا اقتضاؤه تامّا؟، و المانع یمنع عنه دواما، و یکون من قبیل انتقال المال عن المورّث إلی الوارث قهرا.

فعلی هـذا؛ لاـ مـانع من تـأثیر عقـد الوقف و الحکم بصـحّته، غایته أنّه لمّا لم یکن المحلّ قابلا لأعلی مرتبه التملّک فالعقـد یؤثّر بمقدار ما یکون فی المحلّ من القابلیّه، و لیس فی المقام إلّا الملکیّه الاقتضائیّه، ثمّ بعد تحقّق الوقف و وقوعه بمقتضی عمومات التملّک لمال العبد ینتقل إلی مالکه، و یصیر وقفا علیه قهرا من قبیل الانتقال بالإرث.

و لاـ یتوهّم؛ أنّ ذلـک مخـالف لمقتضـی العقـد حیث إنّ المقصود به تملّـک العبـد و وقوع الوقف علیه، لأنّه قـد أشـرنا أنّ هـذا الانتقال لیس من أثر العقد، بل هو یقع علی ما هو قصد، و إنّما الانتقال من آثار تملّک العبد له لقصوره أن یتملّکه دائما.

ثمّ إنّه بناء علی الصحّه هل یتوقّف صحّه قبول العبد علی إذن مولاه أم لا؟

الأقوی لزوم الإذن، و توهّم أنّ اختیار تکلّمه بیده بالضروره و السیره المستمرّه،- و من المعلوم أنّ القبول منه فلا یتوقّف علی إذن المولی- فاسد لما ذکرنا فی محلّه من أنّ غایه ما قامت السیره علی ذلک تنطّقه و تکلّمه من حیث إظهاره لما فی ضمیره.

و أمّا لو کان مشـتملا علی أمر زائد علیه و یعدّ من التصرّفات فلیس للعبد ذلک، بل یتوقّف علی إذن مولاه، و لذلک لا یجوز أن یوکّل عن الغیر و لو فی إجراء الصـیغه فقط، و القبول فی المقام من هذا القبیل لا ممّا اضـطرّ إلیه من إظهار ما فی ضمیره، کما لا یخفی.

الوقف على الحربى

و ممّا يتفرّع على شرائط الموقوف عليه من حيث قابليّته للتملّك؛ الوقف على الحربى فقد وقع فيه الخلاف، و كلّ تمسّكوا بوجوه ضعيفه لا تثمر شيئا و سنشير إليها.

و التحقيق: هو أن يبحث فى العمومات المتكفّله لبيان الأسباب و المسبّبات، أمّا عموم: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» (۱)، فـالحقّ أنّه لا ـ ينفع شـيئا حيث إنّه لبيان حكم الوقف الفارغ وقفيّته كسائر العمومات المتكفّله لبيان حكم عنوان وقع خارجا، مثل: «اقض ما فات كما فات» و نحوه (۲) ممّا يكون متكفّلا لكيفيّه العمل و الوظيفه.

و بـالجمله؛ فمفاد مثل هـذه العمومات و نسـبتها إلى ما رتّبت عليه؛ نسـبه الحكم و الموضوع، و ليست فى مقام بيان أصل السـبب أصلا.

و أمّـا العمومات المتكفّله لحكم الأسـباب مثل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (۳) فهو و إن كـان من حيث حكم السـبب تامّا، إلّا أنّه أيضا لمّا لم يكن مشتملا على بيان قابليّه المحلّ و إثباتها فهو أيضا لا يثمر.

حيث إنّ المفروض أنّ الشكّ فى المقام؛ فى قابليّه الحربى لأن يوقف عليه من حيث تملّكه أو كونه مراد بالنسـبه إليه و نحوهما، فحينئذ العمومات المتكفّله

۱- وسائل الشيعه: ۱۹/ ۱۷۵ الحديث ۲۴۳۸۶ و ۲۴۳۸۷.

۲- مستدرک الوسائل: ۶/ ۴۳۵ الباب ۶ من أبواب قضاء الصلوات.

۳- المائده (۵): ۱.

للأسباب إذا لم تؤثّر فلا محيص عن الحكم بالبطلان لما هو الأصل، و المفروض فقدان أصل يحرز به القابليّه أو يتكفّل حكم المسبّب، نظير أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ (۱) فيكون الأصل العملى المقتضى للفساد هو المحكّم.

فإن تمّ ما ذكرنا فيتمّ ما ذهب إليه المشهور، و إلّا فالوجوه الاخر، فالإنصاف أنّها غير تامّه، كما أفاده فى «الجواهر» (۲).

مع أنّه لو سلّمنا كون الوقف عليه مرادا له فلذلك يصير بنفسه منهيّا عنه، حيث إنّ المفروض كونه مقدّمه لذلك العنوان، فقهرا النهى المتعلّق بذى المقدّمه يسرى إليها، إلّا أنّه لمّا كان هذا النهى نفيا محضا، و ليس إرشادا و مشتملا على وضع أصلا، فلا يقتضى فساد الوقف من وجه.

و أمّا مسأله قصد القربه؛ فلا دليل على اعتبارها رأسا حتّى ينافيها، فتأمّل! فإنّه و لو سلّمنا ذلك- أى عدم اعتبار القربه مطلقا- فلا أقلّ من اعتبار الرجحان فيه، كما فى مطلق الصدقه، و النهى يضادّه بلا كلام و اللّه ولىّ الإنعام.

ثمّ إنّه إن بنينا على صحّه الوقف على الحربى لما كان يقع التعارض بين دليل الوقف و الدوام المعتبر فيه (۳)، و أدلّه: أنّ ماله فى ء للمسلمين (۴)، و تكون النسبه عموما من وجه فيشكل الأمر حينئذ.

و الإنصاف؛ أنّه لا إشكال فى المسأله من هذه الجهه عندنا بحمد اللّه تعالى أصلا و ذلك؛ لأنّه بناء على كون حقيقه الوقف إيقافا لا تمليكا للعين، فمعلوم أنّه

۱- البقره (۲): ۲۷۵.

۲- لاحظ! جواهر الكلام: ۲۸/ ۳۰ و ۳۱.

۳- الحدائق الناضره: ۲۲/ ۱۹۳ و ۱۹۴.

۴- جواهر الكلام: ۲۸/ ۳۱.

بالنسبه إلى العين مقتضى تملّك المسلم لها لمّا لم يكن محقّقا فلا تعارض بين الدليلين.

و أمّا بالنسبه إلى المنافع و إن كان التحقيق فيها ما سنشير إليه و لكن مع الغضّ عنه، نقول: لا مانع من الالتزام بأنّه كلّما يستحقّ منها فيأخذها المسلمون أيضا [و] يتملّكون عنها شيئا فشيئا، بحيث يكون هو مقتضيا و معدّا لتملّكهم، و كونه مخالفا لغرض الواقف، مضافا إلى كونه مخالفا لداعيه، فقصور نفس المحلّ و عدم قابليّته أوجب ذلك، كما لا يخفى.

و أمّا بناء على كونه تمليكا؛ فعلى هذا المبنى الّذى هو المشهور فقد توهّم وقوع التعارض بين أدلّه الوقف و أدلّه الفى ء، و من الواضح أنّ ذلك يتمّ لو اجرى فى المقام أدلّه الفى ء فيجوز للمسلمين تملّك العين.

مع أنّه ممنوع؛ حيث أنّ أدلّه الفى ء إنّما تجرى بالنّسبه إلى الملك الطلق الّذى لا مانع من تملّكه، و دليل الوقف لو اجرى لا يبقى الموضوع لها، فإن اجرى أدلّه الفى ء لا بدّ من تخصيصه مع بقاء موضوعه فيكون من باب دوران الأمر بين التخصّص و التخصيص، فلا محيص عن تقديم أدلّه الوقف، فانقدح أنّه لا تعارض بين الدليلين على هذا أيضا، حيث إنّه يتوقّف على تساوى نسبتهما إلى المورد، و ليس هنا كذلك فتأمّل!

بقى الكلام بالنسبه إلى المنافع على المبنى المذكور فهل يجوز تملّكها عنه بعنوان الفى ء على ما احتملنا فيما تقدّم قريبا، أم لا؟

الأقوى؛ أنّه لا يجوز مطلقا و تحقيق ذلك يتوقّف على ذكر امور:

أحدها: أنّه قد أوضحنا فى طىّ بحث البيع أنّ العين المسلوبه السلطنه عنها

من الشخص مطلقا بحيث لم يكن له عليها سلطنه من جهه أصلا، لا يعتبر لها لهذا الشخص ملكيّه عند العقلاء، و لذلك لا يجوز له ترتيب آثار الملكيّه عليها من البيع و غيره، كما أنّ السلطنه على الشى ء من جميع الجهات؛ كأن يكون له بيعه و تلفه بأىّ نحو شاء ملزوم للملكيّه، و بذلك قد صحّحنا مسأله بيع المعاطاه؛ حيث إنّ البائع لمّا سلّط المشترى على أنحاء السلطنه على العين فقد سلّطه على الملازم للملكيّه.

ثانيها: أنّ من العقود ما تكون الملكيّه من نتائج نفسها كأكثرها مثل البيع و الصلح و غيرهما، و منها ما لا تكون هى ترتّب على نفسها، بل الملكيّه ملازمه لما يترتّب عليها بالواسطه كما فى المعاطاه على التحقيق، فإنّها ليست أوّلا تفيد التمليك و التملّك فى عقد البيع المصطلح و الهبه، حيث أنّ مفاد نفسها النقل و الانتقال، بل لمّا كانت مفادها التسليط المطلق الّذى ملزوم للملكيّه فلذلك قد تكون تفيد الملكيّه.

ثالثها: قد أثبتنا فى أوّل الباب أنّ الوقف من حيث المنافع ليس مفاده التمليك لها، بل إنّما هو إطلاق المنفعه و جعلها تحت سلطنه الموقوف عليه، كما يقتضيه لفظ «التسبيل» فى أدلّته، فحينئذ لا يختلف معناه بالنسبه إلى المقامات فى الأوقاف العامّه و الخاصه، و الوقف للمصرف فإنّه فى جميعها هو إطلاق المنفعه، و إلّا فلو فسّرنا «التسبيل» بالتمليك يلزم الاختلاف فى معنى الحديث بالنسبه إلى تلك الموارد، مع أنّ ميثاقه واحد، كما لا يخفى.

إذا عرفت هذه الامور فنقول: لا إشكال فى أنّه ليس للحربى السلطنه المطلقه على منافع الوقف، بل لمّا كان للمسلمين أن يأخذوها عنه و يتملّكون،

و ليس له أن يمنعهم عنه، فمن هذه الجهه تنتقض سلطنته فتخرج عن قابليّته لأن يصير مالكا لها.

و قد تبيّن أنّ حقيقه الوقف أيضا ليست التمليك بالنسبه إلى المنافع بل هى التسبيل الّذى له أرض عريضه يجتمع مع الملكيّه لعينها و ملك الانتفاع و المراتب النازله عنها، فحينئذ ينحصر مصداق التسبيل بالنسبه إلى ملك الانتفاع لقصور المحل و عدم الاقتضاء فيه، كما قد يكون كذلك بجعل الواقف فيكون الوقف على الحربى كأنّه من أوّل الأمر وقف عليه، بأن ينتفع منه لا أن يملك منافعه، و لو نوقش فى ذلك أيضا يكون ممّا هو المصرف له.

فعلى كلّ تقدير؛ التسليط المطلق الملزوم للملكيّه لمّا لا يمكن بالنسبه إليه فلا يصير مالكا لعين المنافع.

و على هذا؛ لا- تجرى أدلّه الفى ء، إذ مفادها جواز تملّك مال الحربى، و لم يثبت إطلاقها حتّى يشمل الحقّ له، أو المال الّذى هو مصرف له بلا سلطنه له عليه أصلا، كما هو المفروض، فتدبّر!

فتحصّل من ذلك كلّه: أنّه بناء على صحّه الوقف على الحربى، أدلّه الفى ء على كلّ حال غير جاريه مطلقا من حيث المنافع أو العين، هكذا أفاد- دام ظلّه- و لكن بعد يحتاج إلى التأمّل فى المبانى المذكوره و المراجعه إلى أدلّه الفى ء حتّى يتّضح الأمر، و اللّه العالم.

الوقف على الذمّى

و أمّا الوقف على الذمّى فظاهر المشهور فيه على الجواز، بل كاد أن تكون

المسألہ إجماعیّہ، و الفرق بینہ و بین الوقف علی الحربی أنّہ شبہہ عدم القابلیّہ من الجہہ الّتی المشہور منعوا عنہ فیہ؛ هنا غیر جاریہ و هی مسألہ تملّکہ، ضرورہ أنّ الذمّی مالک لما تحت یدہ مطلقا، فحینئذ العمومات بالنسبہ إلیہ لا مانع من جریانها.

نعم؛ بناء علی ما استشکلنا من أنّہ یحتمل أن یکون منشأ عدم القابلیّہ کون الوقف علیہ موادّہ و برّا، فعدم جریانہ هنا مبنیّ علی عدم حرمہ الموادّہ و نحوها مع الذمّی، و جواز الإحسان و البرّ إلیہ کما لا یبعد، و إلّا فلا فرق بینهما کما لا یخفی.

الوقف علی الکنائس

و أمّا الوقف علی الکنائس و البیع و نحوهما، و إن أمکن أن یقال: لا بأس بہ من حیث الموادّہ و غیرها من الوجوہ المتقدّمہ، أو لم یقصد بہ الإعانہ و الترویج؛ إلّا أنّہ لمّا کان أصل هذا الفعل محرّما علی المسلم لکونہ ترویجا للباطل، و لا ینافی ذلک جواز إبقائہ بمقتضی شرائط الذمّہ کما هو واضح، فیکون أصل المصرف حراما، فیصیر من قبیل ما تعلّق النهی بنتیجہ المعاملہ الکاشفہ عن عدم إمضاء السبب، فیبطل الوقف من هذہ الجہہ بلا کلام.

و من هنا؛ ظهر حکم الوقف علی کلّ مصرف محرّم من الوقف علی قطّاع الطریق و شارب الخمر و معونہ الزناہ و أمثال ذلک، ممّا یکون أصل الصرف منهیّا عنہ، فهذا هو سرّ منع الأصحاب عن الوقف لأحد هذہ الوجوہ، و حکمهم

ببطلانه (۱)، و لو كـان الوقف للكنـائس أو الكتب الضالّه من الكفّار فالظاهر أنّه لا إشـكال فی صـحّته لما هو مقتضـی التقرير، و الإشكال فيه من جهه قصد القربه و نحوها، كما تری.

و إنّما الكلام فيما لو وقف الحربی علی مثله فهل يجری فيه الوجوه المتقدّمه من الموادّه و غيرها أم لا؟ لا ريب فی أنّه مبنیّ علی أن يكون النهی عن الموادّه عامّا يشـمل المسـلم و الكافر من جهه كونهم معاقبون علی الفروع أيضا، أم يخصّ المسلم؟ و الظاهر ذلك حيث إنّ مقتضـی المناسـبه و الاقتران هو النهی عن قرب المسلم للكافر و موادّته حتّی لا يتخلّق بأخلاقه و يتأثّر هو عن هذا الانزجار أيضا، فينتهی عن عمله و يميل إلی الإسلام.

هذا تمام الكلام فی جمله من شرائط الموقوف عليهم و مهمّاتها و اللّه العالم بالأحكام.

تعيين مدلول العنوان فی الموقوف عليهم

ثمّ إنّه؛ جری فی المقام و كذلك فی باب الوصايا و أمثالهما دأبهم فی البحث عن بعض العناوين الواقعه موضوعا للعقد، كعنوان الفقير و الجيران و المسـلم و غيرها، و أنّ مدلولها أیّ شـی ء؟ فهل ينصـرف الفقير- مثلا- إلی الفقير من نحله الموصی و الواقف أم يعمّ؟

مع أنّ هذه كلّها مفاهيم عرفيّه ليس شأن الفقيه البحث عنها، لعدم كونها

۱- و من هنا ظهر حال ما لو كان الوقف علی الحربی بحيث يكون مصـرفا له، فإنّ فيه يجری هـذا الإشـكال أيضا، كما لا يخفی، «منه رحمه اللّه».

موضوعا تامّا للأحكام الكلّيه، بل إنّما تنتج حكما جزئيّا، و شأن المجتهد البحث عن الموضوعات الّتى تنتج حكما كلّيا، أى ما رتّبه الشارع عليها؛ كالركوع و السجود و الصعيد و أمثالها.

و من المعلوم؛ أنّ تلك المفاهيم ليست كذلك، بل نتيجه البحث فيها انطباق الكبرى الكلّى عليها، كعمومات الوقف فى المقام.

فكذلك قد يقال: إنّ وجه اعتبار قول الفقيه فى أمثالها إنّما هو من باب اعتبار قول أهل الخبره من جهه كون الفقيه مشخّصا لمصاديق تلك المفاهيم كما فى سائر موارد الرجوع إلى أهل الخبره.

و لكن يقع إشكال آخر حينئذ من جهه اخرى، حيث إنّه على هذا لا بدّ و أن يتعدّد الفقيه المشخّص لعدم اعتبار قول الواحد فى الموضوعات، مع أنّ السيره الاكتفاء بقول الفقيه الواحد، كما أنّه لا يزال يستفتون عن العلماء و الفقيه عن الامور المذكوره و مفاهيمها بلا احتياج إلى تعدّدهم أصلا، فهذا لا يحسم مادّه الإشكال، فلا بدّ و أن يكون وجه آخر، و تنقيحه يحتاج إلى ذكر مقدمه.

و هى: أنّه قد حقّقنا فى بحث اعتبار قول أهل الخبره أنّ حصول هذه الملكيّه و الخبرويّه فى أمر تكون من جهه كثره ممارسته فى الامور المحسوسه و استقراء النظائر، كما يكون كذلك بالنسبه إلى تقويم الأبنيه و الدور و اعتبار قول مقوّميها.

و اخرى تكون من جهه الحدس و إعمال النظر فى الامور الخفيّه الغير الراجعه إلى الحس، كما يمكن أن يكون من هذا القبيل مسأله تقويم الجواهر و اللآلى، فهذا لا خفاء فى أنّ وجه اعتبار قول أهل الخبره يمكن أن يكون من أحد الوجهين:

أمّا بالنسبه إلى القسم الأوّل، فلمّا كان القول يرجع إلى الإخبار عن الخارج و الأمر الحسّی بحيث لم يكن للرأی فيه دخل أصلا فيجری فيه حکم سائر موارد الإخبار عن الموضوعات الخارجيّه.

و أمّا فی القسم الثانی؛ فلا إشكال أنّ وجه الحجيّه فيه إنّما هو مسأله الرأی و النظر بحيث يكون القول طريقا إلى الرأی الّذی هو طريق إلى الواقع، بخلاف الأوّل الّذی ليس القول إلّا طريقا بلا واسطه إلى الواقع، ففی هذا القسم للرأی كمال المدخليّه.

فبناء على جريان هذا التفصيل فی مسأله أهل الخبره- كما هو التحقيق- فلمّا يصير مناط حجيّه قولهم فی القسم الثانی ما هو المناط فی باب حجيّه قول المجتهد للمقلّدين، و ليس هو إلّا حكم العقل برجوع الجاهل فی كلّ فنّ إلى العالم به بحيث يكون ذلك ارتكازيّا لكلّ أحد، فكذلك يكون قوله و رأيه فی المقام للمختبرين حجّه كما فی قول المجتهد للمقلّدين.

إذا تبيّن ذلک فنقول: إنّه لا إشكال فی أنّ مسأله تشخيص المفاهيم المذكوره ليست من قبيل الامور المحسوسه بل لمّا كان يرجع إلى تمييز ما هو المفهوم العرفی للألفاظ المذكوره و تشخيص الظهورات فيها، بحيث يكون للنظر و الرأی كمال المدخليّه لها، و لا يمكن حصول ذلک للعوام من الناس، و لو كانت المفاهيم عرفيّه، كما ربّما يكون هكذا فی موضوعات الأحكام الكلّيّه كالصعيد و نحوه، حيث إنّه و إن كان معنى لغويّا و مفهوما عرفيّا، و لكن مع ذلک لمّا كان فيه خفاء و منشأ للاشتباه، بحيث لا يمكن رفعهما و تشخيص المدلول الحقيقی إلّا بإعمال الفكر و الرويّه فينحصر ذلک بالفقيه و يصير من شئونه، فإذا انتهى الأمر

إلى ذلك، فيصير قوله حجّه على غيره، لما عرفت من الارتكاز و بناء العقلاء، و لا يحتاج إلى التعدد أيضا إذ المفروض عدم رجوع الأمر إلى باب الشهاده، بل صيرورته من قبيل الفتوى.

و على هذا أيضا؛ يترتّب ثمره اخرى من حيث جواز حكم الفقيه و قضاء المجتهد برأيه، بناء على كون وجه حجّيه قوله هو ذلك لا من باب الشهاده لجواز أن يحكم القاضى برأيه فى المرافعات بخلاف مسأله الشهاده، إذ ليس ما يراه الشاهد حجّه على الغير، كما لا يخفى.

و بالجمله؛ فالتحقيق حجّيه رأى الفقيه و نظره فى موضوعات الأحكام مطلقا كما هو المعروف، سواء كان منتجا للحكم الكلّى أو الجزئى و كلاهما من واد واحد، و هو أنّه لمّا كان على كلّ حاكم تشخيص موضوع حكمه؛ فعلى الفقيه ذلك أيضا، فلا فرق فى الموضوعات المستنبطه بين الكلّيه و الجزئيه فتدبر!

تفسير عناوين الموقوف عليهم

إذا اتّضحت الكبرى بعونه سبحانه و تعالى فينبغى البحث عن بعض الصغريات الّتى وقع الكلام فيها.

منها: لفظ الفقراء، حيث إنّه مع كونه عامّا يشمل كلّ فقير من أىّ قوم و نحله المتسالم عندهم انصرافه إلى فقراء نحله الواقف، و لم يدّعوا ذلك فى لفظ المسلمين و بنى آدم و أمثالهما، مع أنّ الظاهر وجود وجه الانصراف فيها أيضا، فيمكن أن يكون الفرق من جهه أنّ جميع هذه الألفاظ و إن كانت من حيث وضعها مطلقه و مقتضيه للتعميم- إلّا أن يمنع عنها الانصراف الّذى من قبيل التقييد- إلّا

أنّه لا- إشكال فى جهه فرق بين نفقه الفقير و غيره كالمسلمين، حيث إنّ الفقير ليس تحته نوع أو صنف أخصّ بحيث يكون للمتكلّم العدول عنه، و التعبير به- بل لو أراده- فلا بدّ له من تقييد نفس اللفظ بالعنوان الأخصّ كالمؤمن أو العالم و أمثالهما، و هذا بخلاف لفظ المسلمين، فلمّا يكون تحته نوع خاصّ كالمؤمنين بحيث له التعبير عنه لو أراده، فلم يحتج إلى التعبير به مقيّدا.

فعلى هذا؛ اللفظان و إن كانا مشتركين فى وجه الانصراف- و هو الاسترحام و الرّأفه إلى من يصلح لهما الّذى هو فقراء نحله نفس المتكلّم و الواقف- و لكنّ العدول عن لفظ فى مثل المسلم و التعبير به يكشف عن إرادته العام، فيصير هذا مانعا عن المانع و هو الانصراف، فاللفظ يبقى على ظهوره الأوّلى من الإطلاق.

و أمّا فى لفظ الفقراء و العالم و غيرهما فلا- مانع عن الانصراف، فلمّا لم يكن، و يحتمل اعتماد المتكلم عدم تقييده بهذا الانصراف فالمانع على حاله باق و لم يؤثّر الإطلاق المقتضى الوضع، فتأمّل!

و منها: لفظ المؤمن لا إشكال أنّه و إن كان ظاهرا فيمن يعتقد بالأئمّه الاثنى عشر عليهم السّلام، و لكن ليس بحيث لم يكن قابلا للمناقشه و التأمّل، بل الاصطلاح فيه فى الجمله أيضا مختلف فيه قديما و حديثا، و هكذا لفظ الشيعه فقد وقع الخلاف فيه أيضا أنّه هل ينصرف إلى المعتقدين بإمامه اثنى عشر أو يعمّ سائر أصناف الإماميّه فلا بدّ و أن يلاحظ حال الواقف و معتقده أوّلا، بل يؤخذ مطلقا بما هو معنى اللفظ واقعا.

و تنقيح البحث فى ذلك: هو أنّه إن قلنا: إنّ إطلاق هذه الألفاظ و استعمالها

فی غیر معناها الأصلی للاعتقاد المستعمل کونه هو المعنی الحقیقی الأوّلی کاستعمال طائفه الإسماعیلیّه لفظ المؤمن فیمن یعتقد بأنّه إسماعیل بن الصادق علیه السّلام من قبیل الخطأ فی التطبیق، و نظیر الشبهه المصداقیّه فی ما یوجّه أحد حکمه إلی العنوان و طبّقه علی شخص متّصف بنقیضه معتقدا بأنّه موصوف به کالآمر و المجیز بدخول العادل داره و تصریحه بدخول زید معتقدا بأنّه منهم مع کونه فاسقا واقعا، أو لیس من هذا القبیل بل من باب استعمال اللفظ و إطلاقه علی معنی یعتقد أنّه المعنی الحقیقی بحیث لم یکن من باب تطبیق العنوان علیه بل من تطبیق اللفظ علی الموضوع له بلا رعایه واسطه و عنوان فی البین؟

فإن بنینا علی کونه من الأوّل فلا محیص عن حمل اللفظ علی الموضوع له الأصلی مطلقا بلا رعایه حال الواقف، کما هو الضابط فی کلّ ما یکون من الخطأ فی التطبیق، و قد عنونوه فی مسأله تعارض الوصف و الإشاره.

و إن قلنا: إنّه من الثانی فلا بدّ أن یحمل علی معتقد الواقف عملا بمقصوده.

و الظاهر؛ أنّه من هذا القبیل حیث إنّ احتمال المعنی الأوّل بعید هنا، إذ لازمه أن یکون المتکلم أراد الموضوع له الأصلی أوّلا، و لو إجمالا ثمّ أراد ما هو معتقده من معنی اللفظ و النقل منه إلیه حتّی یقال: إنّ هذا انتقاله لما کان من الخطأ فی التطبیق فلا یرتّب علیه الأثر، مع أنّه لیس کذلک بل المستعمل لا یری للفظ معنی، سواء معتقده، و لا یحتمله أصلا فیطبّق اللفظ علیه من أوّل الأمر.

فعلی هذا؛ لا وجه لما قوّاه فی «الجواهر» فی المقام قدّس سرّه (۱)، بل علیه فی الحقیقه هو الأخذ بتنقیص مقصود الواقف، کما لا یخفی فتأمّل!

۱- جواهر الکلام: ۲۸/ ۳۸ و ۳۹.

و أمّا الشیعه؛ فهی و إن کانت فی عصرنا تنصرف إلی الفرقه الناجیه من الإمامیّه، و لیست باقیه علی ما لها من المعنی فی الصدر الأوّل و هو مطلق من شایع علیّا علیه السّلام و قدّمه علی غیره، و لکن یقع الکلام فیها أیضا من حیث إنّه تنصرف إلیهم مطلقا و لو کان الواقف من غیرنا من فرق الشیعه أو لا، بل فیه من الجهه المذکوره ینصرف إلی أهل نحلته.

و ما یوضح البحث هو أنّه: لو کان الوجه فی الإطلاق (۱) المزبور هو الانصراف لا النّقل عن معناه الأصلی فحینئذ لا ینبغی التأمّل فی أنّه من کلّ طائفه یصدر؛ یحمل علی معناه العامّ لما بیّنا فی لفظ المسلمین، فهنا أیضا لأجل وجود نوع الأخصّ تحت لفظه الشیعه، فالعدول عنه و التعبیر بها یکشف عن إراده المعنی العامّ و تصیر قرینه علیها، فیمنع عن تأثیر الانصراف الناشئ عن النفقه و الاسترحام، أو لا ـ أقلّ من أن یزاحمه فیؤثّر ما هو المقتضی لطبع اللفظ من الإطلاق، و لو کان سبب ظهورها و دلالتها علی المعنی المصطلح فعلا ـ هو کثره الاستعمال و الإطلاق أو النقل بحیث صار المعنی الخاص بمعنی الوضع الثانوی؛ فحینئذ لا محیص عن حمله علیه عن کل طائفه یصدر سواء کانت من الفرقه المحقّه أو سائر الفرق، ضروره أنّ اللفظ یحمل علی المعنی الموضوع له و لا اختصاص له بنحله دون نحله.

و لمّا کان الظاهر هو الاحتمال الثانی فلا بد من العمل بما یکون اللفظ ظاهرا فیه، سواء کان الواقف من الفرقه المحقّه للشیعه أو غیرها، فهکذا ینبغی تحریر المقام کما لا یخفی و اللّه العالم.

۱- ظهوره فی المعنی الخاص، «منه رحمه اللّه».

و منها: ما لو انتسب إلى محلّ- كالعالم النجفی- فالحکم حینئذ معلوم، إلّا أنّه قد یقع الإشکال فیما لو لم یکن الموقوف علیه موجودا بل یکون ذلک وقفا علی المعدوم فیبطل، أو یصحّ و یحمل علی تعدد المطلوب کما مال إلیه بعض من عاصرناهم (۱) أو لا؟

و التحقیق أن یقال: إن جعلنا العنوان المأخوذ فی حیّز العقد عنوانا مشیرا کقول القائل: «أکرم من فی الصحن» بأن یکون اللفظ إشاره إلی العالمین الموجودین فی النجف بأشخاصهم؛ فهذا یکون من باب الوقف علی المعدوم، و لا مجال للحمل علی تعدّد المطلوب بأن یصرف الوقف إلی غیر العلماء من أهل النجف، إذ لا معنی له بالنسبه إلی الأشخاص.

و إن جعلنا نفس العنوان موضوعا فحینئذ إن قلنا بأنّ العناوین الکلیّه و إن لم تکن لها أفراد فعلیّه، و لکن کانت قابله لأن تتحقق لها الأفراد، فهذا یعتبر لها الوجود فعلا کما بنینا علیه سابقا فیصحّ الوقف، و لا بدّ أن یحفظ الثمره إلی أن یوجد الأفراد و لا سبیل إلی الصرف فی غیرهم ما لم یوجد، و لضروره أنّه ینافی اعتبار الوجود الفعلی للعنوان، و إن لم نبن علی ذلک، فحینئذ یجری کلام الحمل علی تعدد المطلوب و عدمه من حیث الصرف فی علماء غیر النجف لا فی فقرائه مثلا، کما لا یخفی.

و منها: لفظ الجیران؛ فقد وقع الخلاف فیه من حیث حمله علی المعنی العرفی أو علی المعنی الشرعی، ثمّ بالنسبه إلیه أیضا یکون الخلاف، کما سنشیر إلیه.

۱- لم نعثر علی هذا القول.

لا إشكال أوّلا؛ أنّ بالنسبه إلى معناه العرفى ليس له مفهوم معيّن بل هو يختلف من حيث الموارد جدّا، إذ اعتبار الجار فى العقود الصغيره غير اعتباره بالنسبه إلى الدور الواقعه فى الشوارع و الجوادّ العظيمه، كما أنّ اعتباره من حيث نفس الدور من جهه الصغر و الكبر يختلف كثيرا، فحينئذ اجتماعه مع التحديد الشرعى- و هو أربعين ذراعا و تصادقهما- نادر غايته، فلذلك يشكل الأخذ بالحدّ الشرعى و طرح المعنى العرفى رأسا.

إلّا أن يقال: إنّه من هذا الاختلاف الكثير فى المفهوم العرفى و مصاديقه نشأ التحديد الشرعى، كما فى غيره من الموارد، فإنّ الشارع العالم بالواقع لمّا رأى الاختلاف فقد حدّد و عيّن المصداق الواقعى.

ثمّ إنّه بالنسبه إلى التحديد الشرعى أيضا؛ يقع البحث فى أنّه [هل هو] إخبار عن الواقع و تعيين لما هو المصداق الواقعى، حيث إنّه ما من مفهوم إلّا له مصاديق مشكوكه حتّى بالنسبه إلى نفس الواضع من حيث الشكّ فى حدّ المفهوم المسمّى بالشكّ فى الصدق الملحق بالشبهه المفهوميّه، فلذلك؛ الشارع العارف بالواقع يعيّن ماله من الحدّ الواقعى، أم لا، بل هو تنزيل شرعى كسائر التنزيلات و لا نظر إلى الواقع أصلا؟ و قد التزم بذلك بعض من عاصرناه قدّس سرّه فقال:

على هذا لا مجال للأخذ بالتحديد الشرعى فى غير الآثار الّتى نفس الشارع رتّبها على الموضوع (۱) مثل ما ورد فى رعايه حقّ الجار و غيره (۲).

و فيه: أوّلا: أنّ الظاهر من هذا التحديد- كما فى غيره من الموارد، مثل

۱- لم نعثر على هذا القول.

۲- وسائل الشيعه: ۱۲/ ۱۲۸ الباب ۸۷ من أبواب أحكام العشره.

الکرّ و السفر و حدّ الوطن- هو الإخبار عن الواقع و التعیین للمصداق، فحینئذ لا فرق بین الآثار الشرعیّه الّتی رتّبها الشارع و ما رتّبها المکلّفون، کما لا یخفی.

و ثانیا: مع تسلیم المعنی الثانی بأن یکون تعبّدا محضا لا وجه لانصرافه إلی ما ذکر من الآثار بل یشمل کلّ ما وقع اللفظ موضوعا للأمر الشرعی، کما فی المقام حیث إنّ ببرکه تحدید الشارع یتعیّن موضوع أَوْفُوا .. إلی آخره.

نعم؛ لا بدّ حینئذ من التفصیل بین الشکّ فی الزیاده علی ما حدّده الشارع و نقصانه فإذا اقتضی التحدید العرفی مثلا (۱).

هذا کلّه؛ فیما إذا احرز کون نظر الواقف إلی الموضوع الواقعی، لا- للفظ و استعماله فی المفهوم العرفی بلا- أن یری له حدّا خاصّا، و إلّا فالمناط ما هو منظوره، و لا وجه لانصرافه إلی غیره سواء کان تحدیدا حقیقیّا شرعیّا، أو مفهومیّا عرفیّا لأنّ الوقوف تابعه للقصود، و قد تقدّم الوجه فیه أیضا و کیف کان؛ مسأله جریان التحدید من الخارج إنّما یکون عند الاشتباه و إطلاق المراد.

ثمّ إنّ المناط فی التحدید الشرعی بناء علی المصیر إلیه کما هو التحقیق ما علیه المشهور من أربعین ذراعا (۲) لأربعین دارا و إن کان ذهب إلیه بعض (۳)، و لکنّه شاذّ و الأخبار الوارده علیه معرض عنها (۴).

و یؤیّد الأوّل؛- مضافا إلی ما تقدّم- أنّه لا خفاء فی أنّ لفظ «الجیران»

۱- العباره هنا غیر وافیه، و نقصانها من أصل الرساله.

۲- و لکن إلی الآن مدرکه لم یظهر لنا و إن قال الشهید الثانی قدّس سرّه: له مدرک ضعیف، فحینئذ یلزم المراجعه إن شاء اللّه، «منه رحمه اللّه»، مسالک الإفهام: ۵/ ۳۴۳.

۳- شرائع الإسلام: ۲/ ۲۱۵، جواهر الکلام: ۲۸/ ۴۱ و ۴۲.

۴- وسائل الشیعه: ۱۲/ ۱۳۲ الباب ۹۰ من أبواب أحکام العشره.

مفهومه يختلف بالإضافه كما فى لفظه «عند» الوارده فى بعض المقامات مثل المبيت عند علىّ عليه السّلام .. إلى آخره، حيث إنّ من كان فى الحرم الشريف يكون عنده بالنسبه إلى من فى الصحن، كما أنّ من فى الصحن يصدق أنّه عنده بالنسبه إلى من فى خارج الصحن، و هكذا من كان فى البلد يصدق عليه المفهوم بالنسبه إلى من فى خارجه و يكون من هذا القبيل لفظ الجيران فمن فى العقد جار مطلقا، و من كان فى المحله جار فيها و من كان فى البلد جار مع الإنسان فيه و هكذا إلى ما فوق.

ثمّ إنّ الّذى يصدق مطلقا بين المراتب هو الّذى جار فى العقد، بحيث يكون القدر المتيقّن منه ما يكون الفصل بينه و بين الشخص أربعين ذراعا فحينئذ إذا عبّر الواقف باللفظ المطلق فمقتضى القاعده حمله على معناه الإطلاقى أى ما يكون جارا على كلّ حال، فإلى ذلك يرجع التحديد الشرعى أيضا بلا إعمال تعبّد خاصّ فى البين، كما أنّه على هذا لا يلزم طرح الروايات الدالّه على التحديد بأربعين دار، إذ لا ريب فى الصدق عليها بالنسبه إلى بعض المراتب و إن لم يصدق مطلقا.

ثمّ إنّه بناء على الأخذ بالذراع فقد يقع الشكّ فى مثل ما لو لم تكن الدار الأخيره بتمامها داخله فى الحدّ بل بجزء منها، فهل يسرى الحكم إليها حينئذ أم لا، بل محكومه بالأصل؟

الأقوى: دخولها إذا كان بمقدار يصدق لا أن يكون قليلا بحيث يلحق بالعدم، و ذلك لأنّه لا إشكال فى الفرق بين بعض الألفاظ مع بعض الاخر من حيث إضافتها إلى أمر، فمثل قول القائل: إذا مسحت الدار أو ذرعتها ظاهر فى

الجمیع، و مثل: إذا مسست الدار أو دخلتها لو لم یکن ظاهرا فی البعض لا أقلّ من کونه أعمّ منه و الجمیع.

و من الواضح؛ أنّ التعبیر عن الحکم المزبور بقولهم: لمن یلی داره إلی أربعین ذراعا من قبیل الثانی، فحینئذ ما تکون بعضها داخله ملحقه بما هی بتمامها فی الحدّ إذا کان یصدق الدخول عرفا کما أشرنا، فافهم!

ثمّ إنّ هنا فروعا اخر، و الحقّ ما بنی علیه فی «الجواهر» قدّس سرّه (۱) و اللّه العالم!

حکم الشکّ فی عنوان من عناوین الموقوف علیهم

اشاره

بقی فی المقام حکم الشکّ و أنّ مقتضی الأصل العملی بالنسبه إلی تلک الموارد أیّ شی ء؟ و نذکر ذلک فی طیّ أمرین:

الأوّل: أنّه إذا شکّ فی مثل لفظه «الشیعه» أنّها قد استعملت فی الوقف بعد حجر معناها الأوّل أو قبله، فحینئذ أصاله عدم الاستعمال إلی زمان النقل و إن لم تجر لکونها لا تثبت تأخّره عنه، و لکنّ الحقّ- کما علیه جمع- عدم مانع لجریان أصاله عدم النقل و إن کان قد یتوهّم أنّها مثبت أیضا فلا یجری.

و أنت خبیر؛ بأنّ ذلک إنّما یتمّ لو بنینا علی أنّها من الاصول التعبّدیه و من مصادیق الاستصحاب، و لکنّ التحقیق أنّها من قبیل أصاله عدم القرینیّه و الأمارات الجاریه فی الألفاظ، و علیه بناء العقلاء، و لذلک قد یعبّر عنها بتشابه الأزمان.

و بالجمله؛ لا ربط لهذا الأصل بالاستصحاب بل أماره عقلائیّه بحیث

۱- جواهر الکلام: ۲۸/ ۴۱- ۴۳.

يكون مثبتها أيضا حجّه فحينئذ ببركتها يحكم بتأخّر النقل عن الاستعمال و يؤخذ بلازمه، فتأمّل!

الثانی: أنّه إذا دار الأمر بين الأقلّ و الأكثر فی الموارد المذكوره، كما إذا شكّ اختصاص لفظ بالفرقه المحقّه، أو يعمّ غيرها، فحينئذ قد يشكل فی جريان أصاله عدم الوقف على الزائد، نظرا إلى معارضتها بأصاله عدم وقف الحصّه الزائده المشكوكه على من تيقّن دخولها فی العنوان.

مثلا: إذا فرض كون منافع الوقف تبلغ خمسين تومانا، و معلوم كون ثلثين منها للفرقه المحقّه، فإذا شكّ فی البقيّه فالأصل عدم كونها لهم لأصاله عدم الوقف عليهم من العين بمقدار ما يقابله، و لازم ذلك التشريك.

و من الواضح؛ أنّه لا اختصاص لهذا الإشكال بالمقام، بل سيّال فی مقامات كثيره، كما فی باب الإرث إذا شكّ فی وجود وارث آخر غير المعلومين الحاضرين، و لمّا كان مرجع الشكّ فی الجميع إلى الشكّ فی انحصار الحقّ على المعلومين و عدمه.

فالتحقيق؛ فی دفع الإشكال أن يقال: إنّ الموضوع على هذا يصير مركّبا لا بسيطا، حيث إنّ موضوع الوقف بناء على الاختصاص- مثلا- هو الفرقه المحقّه الّتی لم يكن معهم غيرهم، و فی الإرث الانحصار إنّما يثبت للورّاث الموجودين إذا لم يكن معهم غيرهم، و هكذا الموارد فتكون من الموضوعات المركّبه الّتی أحد جزأيه يحرز بالأصل و الآخر بالوجدان، فالمحرز بالأصل فی هذه المقامات هو العقد السببی، إذ ببركه أصاله عدم الوقف على غير الموجودين المعلومين يثبت، و المفروض أنّ جزء الآخر محرز بالوجدان فيرتفع الإشكال بحذافيره فتأمّل! و اللّه العالم.

فروع:

لو وقع الوقف على مصرف كالمسجد و القنطره فاندرسا

بحيث لم يكن صرفه إليهما فهل يبطل الوقف من حين الاندراس و يرجع إلى ورثه الواقف، أو لا بل يبقى على حاله فيصرف فى مسجد آخر أو قنطره اخرى ممّا يكون الأقرب إلى نظر الواقف، أو يصرف فى مطلق البرّ؟ وجوه بل أقوال.

و نظير هذا الاختلاف وقع فى الوقف المنقطع الآخر، إلّا أنّ المشهور فيه- كما سيأتى إن شاء اللّه- ليس ما هو المشهور فى المقام، و هو الوجه الثالث.

و الفرق فيه؛ من حيث أنّ فى المقام، [يكون] المانع من جهه اندراس رسم مصرف التسبيل و الثمره، و هناك اندراس مصرف نفس العين، و عدم وجود من يتلقّى الوقف، إمّا لعدم تعيين الواقف أو لغيره.

و كيف كان؛ مبنى الإشكال فى المقام هو أنّه بعد فرض استفاده الدوام من الوقف إمّا لجعله إيقافا كما هو التحقيق، خصوصا فى الوقف على الجهه، أو لكون نفس الوقف للدوام، بناء على كونه تمليكا، بحيث يكون كالحجر الموضوع فى مكان المقتضى بطبعه الدّوام، فهل اندراس رسم المصرف قابل للمنع عن هذا الاقتضاء و قاصر لطبع الوقف حتّى يوجب ذلك بطلانه من حين طروّه أم لا، أو يفصّل بين ما هو القابل للدوام و البقاء عاده، و ما ليس قابلا له فيلتزم فيه بالبطلان، و لو لم يلتزم به مطلقا؟ نظرا إلى جعل الوقف كذلك كاشفا عن عدم الإخراج المطلق، و لمّا لم يبرز الواقف ما نواه فلا يضرّ شيئا من جهه عدم التأبيد.

و الجهه الاخرى من الإشكال [الّذى] يكون فى المقام و هو أنّه بعد البناء

على إبقاء الوقف و صحّته هل اعمل تعبّد فى المقام من جهه مصرف هنا أيضا كما فى باب الوصيّه بأن يتعدّى منه إلى هنا أم لا، بل حينئذ يعمل على مقتضى القواعد من رعايه ما هو الأقرب إلى غرض الواقف؟

و الأقوى فى الجهه الاولى؛ ما عليه المشهور حيث أنّ مقتضى طبع الوقف الدوام، ضروره أنّ المالك حين وقفه يقطع نظره عن العين كليّا و يخرجه عن ملكه رأسا، بحيث لا يرى لنفسه و لا لمن يتعقّبه بالنسبه إليها علاقه أصلا، فحينئذ هذه الغلبه و الظّهور تصير مرتّبه على كون ارتكازه من حيث المصرف الّذى يعيّنها هو تعدّد المطلوب، و أنّه لو انقرض المصرف يصرف فى غيره، و لا يختصّ به حقّ يستلزم ذلک بطلانه عند الاندراس و رجوع العين إلى ملک وارثه مثلا.

فعلى هذا؛ لا ـ وجه للتفصيل بين ما هو القابل للدوام و البقاء عاده، و ما ليس قابلا له، إذ ما يقتضيه طبع الوقف لا يفرّق فيه، و القرينيّه جاريه مطلقا.

و من ذلک ظهر أنّ مقتضى القاعده- حيث أحرزنا من الوقف- تعدّد المطلوب هو رعايه غرض الواقف فى المصرف، و أنّه لا بدّ من تقديم الأقرب فالأقرب و لا يجوز العدول المتباين، كما يكون كذلک مسأله مطلق البرّ بالنسبه إلى الوقف على المسجد و نحوه، فحينئذ عند اندراس المسجد المعيّن لا بدّ من صرف الوقف فى مسجد آخر، إن كان قريبا بالنسبه إلى المسجد الأوّل مكانا أو الجهات الاخر، و إن لم يكن ففى مكان آخر و لو كان بعيدا عن الأوّل، حيث أنّ ذلک و إن كان من مصاديق الخير إلّا أنّه لمّا يحتمل كون منظوره خصوص هذا الخير فلا بدّ من رعايته حتّى الإمكان، إلّا أن يدّعى أنّ المستفاد من الروايات الّتى أشرنا إليها لمّا كانت الضابطه الكليّه من حيث إنّ الشارع تكفّل تعيين

مصداق المصرف فی أمثال هذه المقامات فیستکشف منه إلقاء الخصوصیّه، و أنّه لا یجب رعایتها.

و لکنّ الکلام فی الاستظهار المذکور أوّلا فی نفس موردها، و ثانیا فی جواز التعدّی عنه، حیث أنّ الخبر الأوّل (۱) فیما لو کان أحد وجوه الوصیّه معلوما و الجهل بالنسبه إلی الوجوه الاخر، لا فیما لم یکن أصل المصرف معلوما کما هو محلّ الکلام.

فحینئذ یمکن أن یقال بالنسبه إلی الوجوه الاخر: لمّا کان من باب دوران الأمر بین الأقلّ و الأکثر و هو مطلق البرّ أو برّ خاصّ، فالإمام علیه السّلام حکم بمقتضی القاعده علی الأخذ بالأقلّ المتیقّن فتأمّل! فإنّ الروایه مطلقه و لا اختصاص لها بهذه الصوره، بل تشمل ما یکون الحکم المذکور فیه مخالفا للقاعده حیث مقتضاها فی المتباینین القرعه.

و أمّا الثانی: یمکن أن یکون الإمام علیه السّلام لمّا استکشف اشتغال ذمّه الموصی بمظالم العباد فأمر علیه السّلام بالتصدّق عنه لذلک، و إلّا فمقتضی القاعده صیروره المال للورثه إذا لم یف بموصی له، إلّا ان یقال: إنّ هذا المعنی خلاف ظاهر إطلاق الحدیث فلا بدّ من حمله علی الحکم بتعدّد المطلوب من جهه أنّ باب الوصیّه لمّا کان من قبیل الوقف و مقتضی طبعها الخروج القطعی عن ملک الموصی فإذا لم یف بالموصی به فیصرف فی محلّ آخر عیّنه الإمام علیه السّلام، فحینئذ یمکن أن یصیر دلیلا لما نحن فیه، و لکن بعد مجال التأمّل واسع و اللّه العالم.

۱- علی الترتیب المذکور فی الجواهر: (۲۸/ ۴۶)، «منه رحمه اللّه».

الفرع الثانی:

فی «الشرائع»: و لو وقف علی وجوه البرّ و اطلق، صرف فی الفقراء و المساکین (۱) .. إلی آخره.

لا یخفی: أنّ فیه من البحث جهات: الاولی: أنّه هل البرّ یعمّ مطلق الفعل و لو کان مباحا، أو لا بدّ فیه من وجود الرّجحان، ثم بناء علی اعتبار الرّجحان هل یعمّ الرجحان المقدمی، أو الّذی یلزم الرجحان بما یکون ذاتا کذلک.

ثمّ إنّه فی الراجح؛ هل یعتبر أن یکون قریبا أم لا؟ و تکون جهات اخر تظهر فی طیّ البحث فنقول بعونه تعالی: أمّا الکلام فی الجهه الاولی فیمکن الدعوی قریبا بأنّ لفظ «البرّ» المرادف للخیر منصرف إلی الفعل الّذی فیه جهه رجحان و لا یعمّ المباح.

و بعباره اخری: أنّ ظاهره یأبی شمول ما لیس مبغوضا فقط، بل البرّ یطلق علی ما یکون مضافا علیه راجحا و محبوبا، کما أنّ الظاهر خروج القسم الثالث عن عنوان البرّ و هو الملازم، مثل أن یعطی مال من یترک الصلاه الملازم اتّفاقا إیجادها فعلا واجبا، مثل «الإزاله» فالبرّ منصرف عن مثل هذا الإعطاء أی فی مقابل ترک الصلاه مع کونه حراما ذاتا، و ذلک لعدم سرایه العنوان عن الملازم إلی الملازم.

فیبقی الکلام بالنسبه إلی القسم المتوسط، فهل یصدق البرّ علی الأفعال المقدمیّه أم لا؟ کمن یعطی المال إلی الحاکم الجائر لیسلم من ضرره علی نفسه أو عرضه، و هذا علی قسمین:

۱- شرائع الإسلام: ۲/ ۲۱۵.

فتاره؛ يقصـد بالإعطاء التوصّل به إلى ذى المقدمه الّذى هو الرّاجح بحيث يجعله نفسه وجهه لعمله، و لا يجعل المقدمه إلّا طريقا للوصول إليه؛ فهذا لا إشكال فيه و ملحق بالأوّل، حيث إنّ المفروض أنّ المقصود فى نفسه راجح ذاتا فعلا.

و اخرى: يقصـد عنوان نفس المقـدّمه، كما إذا لم يجعل فى المثال قصـده متوجّها إلى ذى المقدّمه و لو كان يعلم أنّ من فوائده سلامه نفسه و عرضه عن شـرّ المعطى عليه قهرا، فهنا يشـكل شـمول البرّ لهذا الفعل من حيث دعوى انصرافه إلى غيره، و لكن لا يبعد الشـمول، إذ ترتّب ذى المقدّمه الّذى حسن بل راجح فى نفسه قهرىّ، فالمقدّمه أيضا يصـير محسّنا، غايته أنّ حسنه غيرىّ لا نفسى، و لا سبيل إلى دعوى انصراف اللفظ إلى الثانى.

نعم؛ بناء على اعتبار القربه حينئذ قد يستشكل كما فى كلّ عباده و عمل قربىّ ذات مقدمه فينكر الإجزاء بقصد القربه بالنسبه إلى المقـدمه، بل صـيرورته قريبا يتوقّف على قصـد التقرّب فى نفس ذى المقـدمه، نظرا إلى أنّ الإطاعه لمّا كانت من المطاوعه التى هى عباره عن جعل العبـد إرادته مطاوعا و تبعا لإراده المولى؛ فلا بـدّ من حفظ جهه المشابهه و المماثله بين الإرادتين، فحينئذ لا يبقى المجال لقصـد التقرّب بالنسـبه إلى المقدّمه، إذ المفروض عدم تعلّق إراده المولى بها إلّا تبعيّا، و جعله وصـله لذى المقدمه التى هى عبادىّ، فلا معنى لجعلها العبد مرادا مستقلّا بحيث يتقرّب بنفسها.

و لكن نحن لمّـا أبطلنـا هـذا الأساس فى محلّه، حيث إنّ الأحكام و الإرادات مطلقا كلّها مرجعها إلى المقـدميّه الّتى هى استراحه النفس فى هذه النشأه أو

النشأتین، فحینئذ یلزم عدم جواز قصد التقرّب بجلّ العبادات و غیرها علی التفصیل المذکور فی محلّه، فنحن فی سعه عن هذه الجهه، فیبقی الإشکال فی الانصراف المذکور و لا یبعد إنکاره فتأمّل! فالظاهر؛ أنّه لا ربط لهذا الإشکال إلّا بالمقام.

و أمّا الجهه الثالثه و هی: أنّه لا بدّ أن یتقرّب الصارف و المباشر فی عمله أم لا، بل یکفی الرجحان الذاتی للمصرف؟ إثبات اعتبار ذلک یتوقّف علی الاستظهار من کلام الواقف أنّه قصد الحسن الفاعلی للفعل، و هذا لمّا یتوقّف علی إتیان الفعل لحسنه، و إلّا فمطلق صدور الفعل الحسن عن الشخص لا یتّصف موجده بالحسن، بل هو موقوف علی قصده إصدار الفعل کذلک؛ فلا بدّ أن یتقرّب فیه الفاعل، و أمّا نفس عنوان البرّ و الفعل الخیر فلا یتوقّف علی ما ذکر کما لا یخفی، فإن تمّ الاستظهار المزبور فلا بدّ منه و إلّا فلا، و اللّه العالم.

الفرع الثالث:

فی «الشرائع»: و کذا لو وقف علی غیر معیّن کأن یقول علی أحد هذین إلی آخر (۱) أی یبطل.

و هذا یمکن علی أقسام: فتاره یقصد أحدهما معیّنا و لکنّ الصیغه یجریها کذلک، و هذا لا مانع عن صحّته، غایته أنّه لو بقی علی الجهاله للتالی ینتهی الأمر إلی القرعه للتّعیین، و القابل فی هذه الصّوره هو الولیّ فی الأوقاف العامّه، أو علی غیر البالغ، و أحد الطرفین أصاله و نیابه فی الأوقاف الخاصّه لمن هو الموقوف علیه واقعا، أو یقبل کلاهما رجاء.

۱- شرائع الإسلام: ۲/ ۲۱۶.

و کیف کان؛ لا إشکال فی المسأله من هذه الجهه و إنّما الکلام من حیث التردید المفروض عدمه واقعا، و إنّما یکون التردید صوره و هو لا یضرّ شیئا، و الإجماع المدّعی علی البطلان فی الصوره الآتیه لا یکون هنا، فتأمّل!

و اخری: لا یقصد المعیّن أصلا بل یجعل الوقف علی الأحد بعنوانه الفردی، بحیث یکون قابلا للانطباق علی کلیهما، و لکن لا من جهه کونهما تحت الجنس، لأنّه لم یقصد جنس «الأحد»، بل ارید النکره المعبّر عنها بالفرد المنتشر، فحینئذ الانطباق علی کلّ منهما إنّما هو من جهه کونه إحدی الخصوصیّتین المراده علی سبیل البدل، فهنا الظاهر قیام الإجماع علی البطلان.

و أمّا ما ذکر من الوجه من أنّ الوقف عرض فلا بدّ له من جوهر معیّن، یرد علیه فلا یتمّ، بل هو من قبیل الاستحسانات، و النکته بعد الوقوع- حیث إنّها أوضحت فی محلّها- أنّ حال عناوین العقود و الإیقاعات حال الوجوب، فکما أنّه یمکن فیه التردید فی متعلّقه فهکذا فیها، و لذلک ورد فی الشرع کثیرا کما فی نکاح إحدی المرأتین، أو طلاق إحدی الزّوجتین (۱)، أو الوصیه بعتق أحد العبدین (۲) بل فی العتق التخییری- علی ما حکی أیضا- ورد (۳)، و کما فی بیع الصبره (۴) حسبما نشیر إلیه و غیر ذلک من الموارد، مع أنّه لو لم یکن معقولا لا معنی لوقوعها فی الشرع فتأمّل!

۱- الحدائق الناضره: ۲۵/ ۱۸۱، وسائل الشیعه: ۲۰/ ۲۹۷ الباب ۲۰ من أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد و ۲۲/ ۳۷ الباب ۱۵ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه.

۲- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۴۰۸ الباب ۷۵ من کتاب الوصایا.

۳- جواهر الکلام: ۳۴/ ۱۲۵، وسائل الشیعه: ۲۳/ ۹۳ الحدیث ۲۹۱۷۷.

۴- جواهر الکلام: ۲۲/ ۴۴۵- ۴۴۶، وسائل الشیعه: ۱۷/ ۳۵۴ الباب ۱۲ من أبواب عقد البیع.

و ثالثه يقصد الأحد بعنوان الجنس بأن يكون الأحد محدّدا للموقوف عليه لا أن يكون عنوانا له كما فى النّكره.

و بعباره اخرى: الفرق بين الصوره السابقه و هذه الصوره هو الفرق بين مطلق الجنس و النكره، من أنّ الخصوصيّه داخله فيها بخلاف الجنس، فلا يراد منه إلّا الطبيعه الصرفه، و لذلك فى موارد التكليف فى النكره لو قصد الخصوصيّه يتحقّق الامتثال و لا تشريع، بخلاف ما لو كان المكلّف به الجنس، فقصد الخصوصيّه تشريع موجب لبطلان العمل.

و كيف كان؛ الأحد إمّا أن يعتبر لا بشرط، و إما بشرط [لا] بحيث يكون لو انضم إليه آخر لا ينقلب العنوان أو ينقلب، كما فى بيع الصبره حيث أنّ بيع صاع منها لمّا كان اعتبر بشرط لا، فذلك لو سلّم إلى المشترى صيعانا لا يتملّك إلّا أحدها، مع أنّه لو كان لا بشرط لا بد أن يتملّك جميعها، حيث إنّ الواحد الجنسى فى جميعها محفوظ.

و بالجمله؛ لا ينبغى التأمّل فى الصحّه فى هذه الصّوره مطلقا كما سلّمه فى «الجواهر» (۱) أيضا، لعدم قيام الإجماع المحقّق فى الصوره السابقه هنا، و الإمكان العقلى قد عرفته فيها، فهنا بطريق الأولى كما لا يخفى.

الرابع: لو وقف على من كان قريبا إليه من الناس، لا إشكال أنّه يشمل إلى الطبقه الرابعه من الأقارب، أى من كانت الواسطه بينه و بين الواقف ثلاثه، كما لو كان من أولاد حفيده عمّه، و إنّما الكلام فى الطبقه الخامسه، حيث إنّ الإشكال فى شمول العنوان لها عرفا، و يكفى فى الحكم بالعدم الشك فى شمول اللفظ،

۱- جواهر الكلام: ۲۸/ ۴۹.

لأصاله عدم الوقف على الزائد عن المتيقّن كما تقدم تنقيح هذا الأصل.

هذا كلّه؛ بالنسبه إلى غير الأولاد و الآباء، فيشمل لفظ القريب لها و لو تحقّق مائه واسطه، كما هو واضح.

الخامس: و لو وقف على أقرب النّاس إليه ففيه جهتان من الإشكال:

الأولى: أنّ المناط هو الأقرب حال الوقف أو مطلقا، فإن كان الأوّل فحينئذ يقع الوقف بالنسبه إلى من كان موجودا منهم حال الوقف على الترتيب فى باب الإرث، فإذا انقرضوا فيصير الوقف حاله حال منقطع الآخر و لا ينتقل إلى الأقرب بعدهم، إذ المفروض اعتباره كذلك، و الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.

نعم؛ لو كان الملحوظ الأقرب مطلقا فحينئذ عند الفرائض؛ كلّ طبقه ينتقل إلى من هو الأقرب بعدهم، فعلى هذا لو كان شاهد أو قرينه يدلّ على الثانى فيؤخذ بها، و لو لم يكن و شكّ فمقتضى الأصل الحكم بالأوّل كما عرفت.

الثانيه: هل يلزم مراعاه الوصف التفصيلى مطلقا بحيث لا يصرف الوقف على الطبقه الأخيره التى ليس بعدها قريب، بل كليّا يحفظ طبقه؛ بعد من يصرف فيهم حتّى يتحقّق معنى الأقربيّه الفعليّه، أو لا يلزم ذلك، بل و لو لم يكن إلّا طبقه واحده و لو كانت أخيره [يكون]؛ الوقف لهم؟ و هذا نظير الأكبر المعتبر فى مستحقّ الحبوه، و كذلك الأعلم فى التقليد مثلا، فوقع الإشكال فيهما أيضا، و منشأ الكلّ أنّ المراد بالوصف التفصيلى فى هذه المقامات الأفضليّه الفعليّه، أو المراد عدم وجود من هو أكبر، أو أعلم أو أقرب، لا أنّ الوصف مناط مطلقا.

لا خفاء؛ أنّ الجمود على ظاهر اللفظ يقتضى الأوّل، و لكن لمّا كان الارتكاز العرفى على الثانى، حيث إنّه معلوم أنّ المراد أنّه ما دام الأفضل و الأكبر

فى الأولاـد، أو الأعلم فى مسأله التقليـد موجودا لا يعطى الحبوه و لا يرجع فى التقليـد إلى غيره، فلـذلك لا بـدّ من العـدول عمّا يقتضيه الظاهر، فهكذا هنا حيث أنّ المتبادر أنّه ما يكون الأقرب لا يعطى الوقف إلى غيرهم كما لا يخفى.

بقى شـى ء و هو: أنّه هل المناط فى الأقرب مطلقا ما هو المناط فى باب الإرث، بحيث لا يلاحظ معنى العرفى له أصلا بل المتبع مـا عيّنه الشـارع؟ أمّا فيما لا اختلاف بينهما كما هو الأغلب فإنّ فى المتقرّب بالأبوين و تقـديمه على المتقرّب من أحـدهما، كما أنّ الشـرع قـدّمه و جعله أقرب، و العرف يساعـده أيضا، فلا بحث، و إنّما الإشـكال فيما لا يساعد كما فى ابن عم الأبوين- مثلا- على العمّ الأبى فإنّ الظاهر أنّ العرف فيه يقدّم العمّ.

فقـد يتوهّم؛ أنّ الوجهين مبتيّان على أنّ تقـديم الشارع و تصـرّفه فى أمثاله هل يكون من باب التعبّـد أو تعيين للمصداق و إخبار عن الواقع، حيث إنّ مفهوم الأـقرب لمّـا كان له واقع فالشارع بقوله: أُولُوا الْأَرْحامِ (١) و غيره كشف عن الواقع و أخـبر عن معنى الحقيقى للفظ؟

فعلى الأوّل: فلا مجال للتعـدّى و لا محيص عن الوقوف على مورد النصّ كما هو الأصل فى مطلق باب التعبّـدات، بخلاف الثانى فلمّا يصير عليه بيان الشارع ضابطا كليّا فيكون المناط مطلقا ما عيّنه من الأقرب.

و لكن تقدّم منّا؛ أنّ هذا يتمّ بناء على أن يكون ما فى نظر الواقف من المعنى العرفى للفظ من باب الشـبهه فى المصداق و الخطأ فى التطبيق، بحيث ما أراد من لفظ الأقرب إلّا ماله من المعنى الواقعى، غايته أنّه خطأ طبّقه على ما يراه

١- الأنفال (٨): ٧٥.

مصداقا، و أمّا إذا لم يكن كذلك بل كان من باب الخطأ فى حدّ مفهوم اللفظ- كما هو الحال فى أمثال المقامات- فالبيان الشرعى أيضا لا يوجد لصرف اللفظ عمّا هو الظاهر فيه بزعم المستعمل إلى المعنى الشرعى، بل يكون حاله حينئذ حال ما لو كان ما قرّره الشارع من الأعمال تعبّديا فعلى هذا، التفصيل المذكور لا ينفع بالنسبه إلى أمثال المقام بل المتّبع مطلقا منظور العامّه و مقصود الواقف يكون صحيحا، و اللّه العالم.

السادس: لو كان لفظ «الوقف» إنّه: وقفت على أولادى نسلا بعد نسل و بطنا بعد بطن، هل تقتضى ظاهر هذه العباره التشريك أو الترتيب؟ الّذى أفتى به جماعه من الأساطين ممّن عاصرناهم هو الأوّل (۱)، و هو الأقوى و ذلك بوجهين:

أمّا أوّلا: فلأنّ الأمر دائر بين أن تكون عباره الذيل و هى قوله: (نسلا بعد نسل) قيدا للأولاد، أو لكلمه «وقفت»، فعلى الأوّل الّذى مقتضاه التشريك، حيث إنّه حينئذ يصير بيانا للأولاد، و المراد بها جميع الطبقات، يلزم تقييده فقط، و يبقى جمله «وقفت» على إطلاقها، و لا يلزم فيه تقييد إذ بإنشاء واحد أوقع الوقف على الجميع، بخلاف ما لو حملناه على الترتيب فلا محيص حينئذ عن جعل القيد قيدا لوقفت، بحيث يكون الوقف على كلّ طبقه من الأولاد مترتّبا على الطبقه السابقه، و هذا لا يمكن إلّا بأن يكون إنشاؤه مترتّبا، و هذا يلزم تقييد لفظه الأولاد أيضا و حملها على الترتيب، فكما أنّ الإنشاء لا يعقل أن يتعلّق بالطّبقات المتعاقبه على نسق واحد، فهكذا لفظ الأولاد قهرا يقيّد، و لا يمكن إراده المجموع منه فحينئذ يصير المقام من قبيل دوران الأمر بين تقييد الهيئه

۱- انظر! الحدائق الناظره: ۲۲/ ۱۷۲ و ۱۷۳.

حتّى يلزم تقييدان، أو المادّه فقط حتّى لا يكون إلّا تقييدها، و من المعلوم؛ أنّ الثانى مقدّم، فكذلک هنا يتعيّن الأوّل المستلزم للتشريک كما عرفت.

و أمّا ثانيا: فلأنّه لا إشكال فى أنّ لازم الترتيب إراده إنشائيّات متعدّده على نحو الإجمال من «وقفت» بحيث يكون بالنسبه إلى الطبقه الاولى الموجودين [حال] الإنشاء منجّزا، و بالنسبه إلى الطبقات اللّاحقه معلّقا، كلّ طبقه على انقراض الاخرى، غايته أنّ هذا التعليق لمّا كان متعيّنا لا يضرّ، و قد تقدّم شرح ذلک.

و أمّا التشريک؛ فليس لازمه إلّا الإنشاء و التمليک، الواحد بالنسبه إلى جميع الطبقات، لأجل أنّ المفروض عدم اعتبار الترتيب بين الموقوف عليهم، بل يكون حينئذ كلّما يوجد من أشخاصهم ينبسط الوقف و يتحقّق الموضوع للتملّک، فعلى هذا؛ يصير من باب دوران الأمر بين التنجيز و التّعليق و لا ريب فى أنّ الأوّل متعيّن.

هذا؛ بناء على التحقيق من كون الوقف من قبيل الملكيّه و أنّه من الامور القارّه و المالک له يختلف و يتعدّد بالنسبه إلى اختلاف الزمان حسب اعتبار الواقف، كما اعتبر الشارع مثله فى الإرث أو عدم كون الوقف تمليكا رأسا بل إيقاف.

و أمّا بناء على أنّ الوقف تمليک و الملكيّه من الامور التدريجيّه و إن كان لا يلزم التّعليق حينئذ حتّى بالنسبه إلى الطبقات اللّاحقه، بل يكون نظير المنافع التدريجيّه التى يتملّک كلّ أحد منفعه زمان، و يمكن تمليكها بإنشاء واحد يتجزّى إلى الطبقات اللّاحقه، إلّا أنّه تقدّم فساد هذا المبنى، و اللّه العالم.

شرائط الوقف

اشاره

المبحث الخامس: فی شرائط الوقف:

الأوّل: التأبید و هو بمعنیین: أحدهما التأبید باعتبار دوام العین بأن لا ـ یؤقّته ما دام العین باقیه، بل یطلق علی طبیعتها، و الآخر باعتبار الموقوف علیه بأن لا یقیّد الوقف علی طبقه إذا انقرضوا لم یعلم حال الوقف بعده.

و بعباره اخری: عدم اختصاص الوقف بالطبقه التی تنقرض، و هذا یقع الکلام فیه فی الفرع الآتی، و الکلام الآن فی القسم الأوّل و له صور:

فتاره؛ یعبّر بلفظ الوقف و یؤقّته قصدا و إنشاء، و اخری یؤقّته لفظا لا قصدا، و ثالثه: بالعکس، و رابعه: یعبّر بلفظ الحبس و یقصد به الوقف و لا یؤقّت، و خامسه: یؤقّت، و سادسه: یعبّر بلفظ الحبس و لا یؤقّت.

أمّا الصوره الاولی؛ فیمکن أن یقال: قدر المتیقّن من معاقد الإجماعات بطلانه کما یقول: وقفت الدّار الفلانیّه إلی خمسین سنه، بحیث یقصد فی عالم إنشائه و قصده أیضا هذا المعنی، فإنّ المستظهر من الکلمات کافه بحیث لم یکن خلاف أصلا، أو کان و لا یعتدّ به، أنّ فی هذه الصوره لا یقع وقفا و لا حبسا، حیث أنّ المفروض عدم قصده إلّا الوقف الّذی لمضادّته ذاتا مع التوقیت لا یقع، و أمّا الحبس فما قصده رأسا.

ثمّ إنّ الّذی یستفاد من الإجماع فی هذه الصوره مضادّه حقیقه الوقف للتّوقیت، و أمّا الصوره النافیه فقد یتبادر فی النظر صحّتها من جهه عدم دخولها فی معقد الإجماع المزبور، حیث إنّ المتیقّن منه ما تکون الامور الثلاثه مجتمعه،

و المفروض هنا فقد القصد الّذى هو أهمّها، و إنّما عبّر بالتوقيت من جهه غفله أو خطأ و نحوهما، فغايته أنّه يصير هذا القيد لغوا لا يؤثّر شيئا.

و لكنّ التحقيق بطلانها أيضا من جهه دخولها فى كبرى إجماع آخر، و هو أنّه لا بدّ و أن يكون العقد بألفاظ صريحه بحيث يعلم المخاطب بما خوطب به، و معلوم؛ أنّ لفظ الصريح فى باب الوقف هو أن لا يكون مقيّدا بالزمان، فلو اقرن به يوجب ذلك قلب ظهور اللفظ فلم يعلم المخاطب بم خوطب من جهه المعنى المراد من الإنشاء، فلو لم تتمّ هذه الجهه فالإنصاف أنّه لا إطلاق للإجماع المزبور حتّى يشمل هذه الصوره.

و أمّا الصوره الثالثه: فالظّاهر فيها الفساد أيضا، نظرا إلى أنّ المفروض عدم قصد الوقف إلّا مؤقّتا و هو يضادّ ذات الوقف، فحينئذ لو حملناه على الصحّه من جهه الإطلاق لفظا، مع أنّ العقد تابع للقصد فيكون من باب ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع.

نعم؛ لا يبعد أن تكون هذه المسأله من قبيل ما هو المتسالم عندهم ظاهرا فى باب النّكاح، من أنّه لو نسى الأجل ينقلب دائما، بحيث لو قلنا أنّها تتمّ على القاعده و ليست تعبديّا محضا، فيمكن أن يقول به هنا، و نحن قد بنينا فى تلك المسأله على القاعده نظرا إلى أنّ النكاح الدائم و المنقطع ليسا حقيقتين متباينتين، بل الجامع بينهما حقيقه واحده و هى العلقه الزوجيّه، فلو اقترنت بالأجل يتحقّق فرد منه و هو المنقطع، و إلّا فعلى مقتضى طبعها باقيه، حيث أنّ الزّوجيّه من قبيل الملكيّه التى مقتضى طبعها البقاء، بحيث لا يزول إلّا بقسر القاسر كالحجر الموضوع على الأرض، و ليست قوامها بالقصد حتّى لو لم يقصد

الـدّوام فلاـ توجـد، فحينئـذ القـدر المتيقّن من الأدلّه التی ثبت، هو كون الإنشاء اللّفظی قابلا لأن يمنع عن تأثير ملك العلقه علی مقتضی ذاتها و نشكّ فی أنّ القصد قابل لأن يمنع عنها أم لا، فالأصل عدمه.

فعلی هـذا الأسـاس؛ بعونه تعالی قـد أتممنا تلك المسأله و حقّقنا أنّه ليس مبناها الإجماع التعبّـدی فهنا أيضا نقول بمثله من جهه أنّ طبع الوقف يقتضـی الدّوام، بحيث يكفی فی تحقّقه- كالنكاح- القصد لأصل حقيقته، و نشكّ فی أنّ قصد التوقيت يمنع عن تحقّقها، فمقتضی الأصل الحكم بعدمه.

و أمّا الإجماع المزبور فقد عرفت أنّ المتيقّن منه هو ما لو كان الزّمان داخلا فی حيّز الإنشاء لفظا، فحينئذ ليس شيئا ظاهرا يقتضی بطلان هذه الصّوره.

هـذا، و لكنّه لاـ خفـاء فی الفرق بين المقـام و بـاب النّكاح من جهه أنّ فيه ثبت اتّحاد نوعين منه، و أنّ حقيقتهما فارده و لا يميّز بينهما إلّا بالحـدّ كالخطّ القصـير و الطويل، بخلاف مسأله الوقف حيث لم يثبت له إلّا نوع واحد و هو المؤبّد، و أمّا الجامع بينه و المؤقّت فلم نحرزه، بـل أحرزنـا خلافه، و أنّ المؤقّت منه باطـل، فحينئـذ لا يبقی المجال لمقايسه ما نحن فيه بمسأله النكاح، لأنّ المفروض أنّه لم يقصد إلّا الباطل منه، الغير القابل للانطباق علی حقيقته، فالحق فی هذه الصوره ما عليه المشهور.

نعم؛ هل يمكن الإلزام بوقوعه حبسا فی هـذه الصوره أو السابقه بعد بطلان احتمال وقوعها وقفا أم لا؟ قد يحتمل ذلك نظرا إلی أنّ الوقف قوام حقيقته بأمرين؛ الإخراج و التحبيس، فليس أمرا بسـيطا محضا، فإذا بنی علی عدم تحقّق جهه إخراجه لفقد شـرطه فلا مانع للحكم بتحقق الجهه الاخری و هو

التحبيس، نظير ما يقال فى الأمر: أنّ بنسخ مرتبه خاصّه من الطلب لا يرتفع جميع مراتبه.

هـذا؛ و لكنّه مبنى على إحراز تعـدّد المطلوب فى تلـك المـوارد و هـو فى غـايه الإشـكال كمـا لاـ يخفى، و يتمسّـك لـذلك بصحيحى ابن مهزيار (۱) و ابن الصفّار (۲)، مع أنّه لا دلاله لهما على ما ادّعى أصلا.

أمّا الأوّل؛ قلت: روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السّلام أنّ كلّ وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثه، و كلّ وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثه، و أنت أعلم بقول آبائك عليهم السّـلام فكتب عليه السّـلام: «هكذا هو عندى» (۳).

فهو مجمـل لاـ دلاـله له، و إنّمـا يشـرحه الصـحيح الآـخر، مع أنّه لو كـان المراد التمسّك بجزء الأوّل منه بحمل المؤقّت فيه على المؤقّت بالمعنى المزبور، فما معنى الجزء الأخير منه؟ و عليه لا محيص عن حمل غير المؤقّت فيه على المؤبّـد، و قـد حكم الإمام عليه السّلام ببطلانه و هو فاسد، بل لا سبيل إلى هذا المعنى بالضروره.

فحينئذ؛ لا بدّ أن يرجع فى تفسيره إلى الصّحيح الآخر، و هو عن [ابن] الصفّار.

قال: كتبت إلى أبى محمّد عليه السّلام أسأله عن الوقف الذى يصحّ كيف هو؟ فقد روى أنّ الوقف إذا كان غير مؤقّت فهو باطل مردود على الورثه، و إذا كان مؤقّتا

۱- وسائل الشيعه: ۱۹/ ۱۹۲ الحديث ۲۴۴۱۴.

۲- وسائل الشيعه: ۱۹/ ۱۹۲ الحديث ۲۴۴۱۵.

۳- وسائل الشيعه: ۱۹/ ۱۹۲ الحديث ۲۴۴۱۴.

فهو صحیح ممضی، و قال قوم: أنّ المؤقّت هو الذی یذکر فیه أنّه وقف علی فلان و عقبه، فإذا انقرضوا فهو للفقراء و المساکین إلی أن یرث اللّه الأرض و من علیها، قال: و قال آخرون: هو مؤقّت إذا ذکر أنّه لفلان و عقبه ما بقوا، و لم یذکر فی آخره للفقراء و المساکین إلی أن یرث اللّه الأرض و من علیها، و الّذی هو غیر مؤقّت أن یقول: هذا وقف و لم یذکر أحدا فما الذی یصحّ من ذلک؟ و ما الّذی یبطل؟

فوقّع علیه السّلام «الوقوف بحسب ما یوقفها أهلها، إن شاء اللّه» (۱).

مع أنّک تری لا مساس لهذه الرّوایه و لا تعرّض فیها للمؤقّت بمعنی توقیت الوقف زمانا کما هو محلّ البحث، هل هو بمعنی آخر الّذی یثمر فی المسأله الآتیه التی هی معرکه آراء، فمنها أیضا؛ یظهر المراد من الصحیح الأوّل الذی لا ربط له بما نحن فیه کما سمعت فتأمّل! و استقم! و اللّه العالم.

و أمّا الصوره الرابعه: فهو مبنیّ علی مسأله اعتبار الصراحه فی ألفاظ العقود فی نفسها لا بالقرائن، فإن قلنا أنّها تصیر صریحه فی الوقف فیقع العقد وقفا، و إلّا فلا، و من غیر هذه الجهه لا إشکال فیها کما لا یخفی.

و أمّا [الصوره] الخامسه: فباطله لأنّه مضافا إلی جریان المانع المزبور فیه قد عرفت أنّه فی حدّ نفسه لیس قابلا لأن یقع وقفا إجماعا و لا حبسا، لکون المفروض إراده معنی الوقف المباین معه و لا جامع لهما.

و أمّا [الصوره] السادسه: فأیضا باطله کما یظهر من السابقه، نعم لو أراد معنی الحبس فیها لا الوقف یمکن البناء علی صحّته حبسا إن لم یعتبر التّوقیت فی حقیقته، فتأمّل جیدا! و اللّه الهادی.

۱- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۹۲ الحدیث ۲۴۴۱۵.

الثانی من شرائط الوقف؛ عدم التعلیق؛ و هذا شرط معتبر فی مطلق العقود، و لکن لیس وجهه عدم إمکانه عقلا کما تقدّم منّا بطلان توهّمه، لعدم کون أسباب العقود مؤثّرات خارجیّه، بل هی امور اعتباریّه تأثیرها تابع لکیفیّه اعتبارها، و إنّما الدّلیل علیه الإجماع کما اعترف شیخنا قدّس سرّه به (۱).

ثمّ إنّ التعلیق علی أقسام ثلاثه: أحدها: ما لو کان المعلّق علیه أمرا محقق الوقوع.

ثانیها: ما کان مقطوعا عدم تحقّقه فعلا و إن کان یحتمل وقوعه بعد.

ثالثها: ما کان مشکوک الوقوع.

أمّا القسم الأوّل: فالظاهر أنّه لا إشکال فی خروجه عن معقد الإجماع کما أنّه لا إشکال فی دخول الثانی أی ما کان عدم تحقّقه فعلا مقطوعا به، فإنّه القدر المتیقّن من مقصد الإجماع.

و إنّما الکلام فی القسم الأخیر و التعلیق علی الأمر المشکوک علی صور، فقد یعلّق نفس الإنشاء، بأن یکون المعلّق علی مجی ء الحاجّ مثلا الإراده، بحیث صارت هی منوطه، و قد یعلّق المنشأ بأن تکون الإراده مطلقا کما فی تعلیق الوقف علی مجیئهم، فیفرض أن یکون إنشاء الوقف فعلیّا، و إنّما علّق ظرف تحقّقه علی الشرط، و قد لا یکون أحد الأمرین بل یجعل المعلّق علیه داعیا علی عمله، و هذا نظیره فی مسأله قصد المسافه قد تصوّرناه.

فتاره؛ یجعل قصد سفره معلّقا علی سفر زید، و اخری یجعله داعیا و علّه لسفر نفسه.

۱- المکاسب: ۳/ ۱۶۲.

فالقدر المتيقّن من هذه الصّور؛ أنّ القسم الأوّل منها داخل فی معقد الإجماع و ملحق بالقسم الأوّل، و أمّا الثانی؛ فلم يظهر إلحاقه به، حيث إنّه بمحض تعليق المنشأ مع عدم إناطه الإنشاء أصلا لا مجال لدعوى انعقاد الإجماع على بطلان العقد حينئذ، إلّا أن يقال: لمّا كان نظر المجمعين إلى المسأله عدم إمكان التفكيك بين الأثر و المؤثّر فيشمل كلامهم لهذه الصوره.

و لكن يمكن الدعوى بخروج الصوره الاولى عن كلامهم لعدم جريان الشبهه المذكوره فيها، فتحقق الجزاء و العقد بالنسبه إليها يتوقّف على ثبوت وجود الواقعی للمعلّق، فإن انكشف وقوعه فيكشف عن وقوع العقد و إلّا فلا.

و أمّا الصوره الثالثه: فمعلوم أنّه لا محذور فيه أصلا فتصحّ بلا إشكال إذ المفروض عدم تعليق فی البين، و لذا بنينا فی مسأله المسافر أنّه إذا كان قصده كذلك يجرى عليه حكم السفر من أوّل الأمر، هذا مجمل الكلام فی المقام و التفصيل يطلب من محلّه.

فرع:

فی «الشرائع»: لو جعله- الوقف- لمن ينقرض غالبا .. إلى آخره (۱).

لا- يخفى؛ أنّه وقع هنا تقديم و تأخير فی عباره المحقّق قدّس سرّه، و كيف كان هذه هی المسأله المعروفه و هی الوقف المنقرض الآخر، و الإشكال فيها من جهتين:

إحداهما؛ فی وقوعه وقفا مؤقّتا أو حبسا، أو بطلانه رأسا.

و الاخرى- بناء على الصحّه بأحد الوجهين- فما يعامل به بعد انقراض الموقوف عليه.

۱- شرائع الإسلام: ۲/ ۲۱۶.

أمّا الکلام من الجهه الاولی: فالـذی یمکن أن یسـتظهر من کلماتهم من حیث المجموع، عدم اعتبار الدّوام فی حقیقه الوقف من هذه الجهه، بل هی الجامع بین القصـیر و الطویل علی ما استظهره صاحب «الجواهر» قدّس سرّه من عبارات القوم أنّه یقع وقفا فی حکم الحبس، و الابتنـاء علی الوجه الثانی من وقوعه حبسا کما یظهر من بعضـهم (۱)، فحینئذ؛ الحکم بذلک- مع أنّ المفروض ظهور الصیغه فی إراده معنی الوقف- مبنیّ علی أحد الأمرین:

الأوّل: علی ما ذکرنا سابقا و احتملناه فی القسم الأوّل من الوقت بحمله علی الحبس و لو أراد المالک الوقف من جهه الاستظهار و تعدّد المطلوب و الأخذ ببعضه إذا لم یمکن الأخذ بتمام المفهوم.

الثـانی: بأن یجعل ذلک- أی عـدم ذکر بعض الطبقه- للموقوف علیه و جعل المصـرف ممّا یتعرّض قرینته علی إراده الحبس من لفظ الوقف.

ثمّ إنّ حکمهم بالصـحّه- مع أنّ لفظ العقد غیر صـریح- یجعل کاشفا عن عدم اعتباره فی الحبس و یخصّص الإجماع علیه لسائر العقود، أو یسـلّم شـمول الإجمـاع له، و دخوله فی معقـده، إلّا أنّه لمّا بنوا علی صـیروره نفس اللفظ من جهه القرینیّه المـذکوره صریحـا، حیث إنّ مناطه لیس إلّا أن یعلم المخاطب بم خوطب؟ و هـذان الوجهان مع ما فیهما من الإشـکال أصل مبناهما فاسـد، لکون الفرض خارجا عن محلّ النزاع، و هکـذا الاحتمال الأوّل لما تقـدّم أنّ اسـتفاده تعـدّد المطلوب فی غایه الإشـکال، کما أنّ احتمال البطلان رأسا أیضا لا وجه له، فحینئذ یتعیّن القول بوقوعه وقفا، إلّا أنّ الذی یبعّده أنّ المرتکز فی الأذهان فی

۱- جواهر الکلام: ۲۸/ ۵۴ و ۵۵.

معنى الوقف هو الخروج الأبدى و قطع العلاقه عن الوقف رأسا.

و لكن، يمكن حمله على الغالب فى الأوقاف لا أن يكون المفهوم منحصرا به مطلقا.

ثم إنّ ممّـا ذكرنـا ظهر الأـمر فى الجهه الثـانيه أيضا فى الجمله، و أنّ احتمال الصـرف فى وجوه البرّ بعـد الانقراض- كما احتمله بعضهم (۱)- لا وجه له أصلا إذ هو يتوقّف على الخروج المطلق عن الملك فينحصر الأمر بأحد الوجهين الآخرين.

و لكنّه يتولّـد حينئـذ إشـكال آخر و هو أنّه قـد عرفت فى مسأله مـا لو بطل رسم الموقوف عليه، و قـد أشـرنا هناك أنّ لها جهه اشتراك مع هـذه المسـأله، أنّ بناء المشـهور فيها هو صـرف الوقف بعـد الانقراض فى وجوه البرّ مطلقا، سواء كان الموقوف عليه ممّا هو القابل للبقاء، أو من المنقرض عاده فيطالب الفرق بين المقامين.

و يمكن أن يكون الوجه فيه؛ أنّ فى تلـك المسأله لمّا كان من ذكر المصـرف الـدائمىّ؛ يسـتكشف [منه] إراده الواقف الإخراج بقول مطلق، فحينئـذ؛ أمّـا بناء على أنّ فى الأوقاف العامّه تملّك المسـلمين الوقف، فالأمر واضـح، حيث إنّه يحكم بتمليكهم إلى الأبـد، و بنـاء على كونها إيقافا- كما هو التحقيق- فيكون المصـرف المـذكور قرينه على الإيقاف الأبـدى، لا فى بعض الأزمان، فلذلك استقرّ رأى المشهور هناك على ما ذكر، بخلافه هنا.

و لكن لا يخفى أنّ ذلك لا يتمّ مطلقا بل لا بدّ من التفصيل بين ما كان المصرف ممّا لا ينقرض غالبا، و ما لا يكون كذلك، مع أنّ فى الفرق مطلقا يمكن

۱- غنيه النزوع: ۱/ ۲۹۹.

المناقشه فی أنّ ذکر المصرف القابل للبقاء أیضا لا یصیر کاشفا علی الإخراج المطلق لمکان تقیّد الإنشاء و إراده الوقف واقعا بالمصرف المعهود، فحینئذ و لو اتّفق بطلان رسمه، مع ذلک لا مجال لاستظهار الإراده المطلقه، فلا بدّ بعده من صرفه فی وجوه البرّ أو الأقرب إلی غرض الواقف، فعلی هذا یتعیّن الوجه الأوّل فی دفع الإشکال علی مسلک «الجواهر» من کون الوقف العامّ تملیکا للمسلمین، و الملکیه لمّا کانت أمرا قارّا لا تدریجیّا؛ فإذا تحقّقت تبقی علی طبعها إلی الأبد (۱) و اللّه العالم، هذا تمام الکلام فی الجهه الاولی.

و أمّا الجهه الثانیه فقد عرفت فی طیّ البحث أنّ احتمال صرف الوقف فی المقام بعد الانقراض فی وجوه البرّ لا مجال له، إذ المفروض بطلان الوقف حینئذ، و إنّما الأمر یدور بین رجوعه إلی ورثه الواقف حینئذ أو الموقوف علیه، و الأوّل منهما مبنیّ علی أن تکون الملکیه أمرا تدریجیّا نظیر المنافع، بحیث کان إضافه کلّ قطعه من هذه الامور التدریجیه إلی طبقه تتوقّف علی اعتبارها، فحینئذ لمّا کان المفروض عدم اعتبارها إلّا بطبقه واحده، أو أزید فلا وجه لانتقال الملک إلی ورثتهم، بل لا بدّ من أن یرجع إلی ورثه الواقف لما یقتضیه طبع الملک بعد انقضاء طرف الاعتبار.

و أمّا علی ما هو التحقیق؛ من کون الملکیه من الامور القارّه بحیث إذا اعتبرت بإحداث العلقه بین شخص و شی ء، فهی ثابته علی مقتضی طبعها بلا احتیاج إلی مئونه زائده فلا محیص عن الالتزام بالوجه الثانی، حیث إنّ العلقه قد حصلت بین الطبقه الاولی و العین باعتبار الواقف، فمقتضاها بقاؤها و عدم

۱- جواهر الکلام: ۲۸/ ۴۴.

خروجها إلّا بسبب، فالمفروض حينئذ إذا مات فيدخل فی عموم ما ترکه المیّت فهو لوارثه لوجود المقتضی و عدم المانع، أمّا الأوّل فقد یثبت بهذا البیان، و أمّا الثانی فلأنّ المانع لانتقاله إلیهم لم یکن إلّا حیاه المورّث التی زالت، هکذا أفاد دام ظلّه، و لکن لا یخفی انصراف أدلّه الإرث عن مثل هذا الملک.

ثمّ إنّ هذا کلّه؛ کان البحث فی المسأله علی ما تقتضیها القواعد الأصلیّه فی کلا المقامین، و فیها روایتان قد أشرنا إلیهما سابقا و نقلناهما بعینهما:

أمّا الاولی منهما: فلمّا کانت مجمله فلا یمکن أن یستفاد منها شی ء، بل هی الّتی أشیر إلیها فی جزء الأوّل من الثانیه بقوله: (روی) (۱) إلی آخره، فعلی هذا لا بدّ من البحث فی الروایه الثانیه.

فنقول: إنّ المحتملات فیها أنّه إمّا أن یکون للجزء الثانی منها مفهوم بأن یکون غیر الموقّت مطلقا داخلا فیه، سواء کان غیر موقّت رأسا بأن لم یذکر المصرف أصلا، أو ذکر و لکن کان من المنقرض، بأن لم یذکر المصرف له إلی أن یرث اللّه فیکون القسم الثانی من غیر المؤقّت داخلا فی مفهوم الأوّل، أو لم یکن له المفهوم، فعلی الأوّل یدخل القسم الثانی من غیر المؤقّت فیما هو الباطل المردود فحینئذ باطل من أصله أو من حین الانقراض یحتمل کلاهما.

و أمّا ترجیح الثانی: نظرا إلی ما ذکره فی «الجواهر» قدّس سرّه من قوله علیه السّلام:

«مردود علی الورثه» (۲) فلا وجه له حیث إنّه لا ریب فی دخول الغیر المؤقّت بقول مطلق فیما یکون باطلا، و هو باطل من الأوّل، و حینئذ الجمود علی ظاهر

۱- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۹۲ الحدیث ۲۴۴۱۴.

۲- جواهر الکلام: ۲۸/ ۵۷، وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۹۲ الحدیث ۲۴۴۱۵.

قوله: (باطل مردود على الورثه) غير ممكن، فلا محيص عن حمله على البطلان بحيث لا ينافى هـذه الصوره بأن يكون المراد من البطلان أعمّ من الحالتين.

و فى القسم الأخير؛ لكون الصحّه و البطلان بعد موت الواقف صار محلّا للابتلاء، فكذلك قال عليه السّلام فيه: «إنّه يردّ على الورثه»، فالمراد بالردّ ليس الردّ الملكى حتّى ينافى الصوره المذكوره، فحينئذ تخرج الروايه من الجهه الّتى ذكرها فى «الجواهر» عن قابليّه استفاده حكم صوره المنقرضه الاخرى عنها من البطلان رأسا أو من حين الانقراض.

و لكن يمكن استفادته من الجهه الاخرى و هى أنّه بناء على إرجاع الروايه الاولى إلى الثانيه، فلمّا كان فيها قوله عليه السّلام: «جهل مجهول» (۱) ذكر تعليلا لبطلان غير المؤقّت، بحيث يدور الحكم مداره، فبالنسبه إلى ما كان غير مؤقّت فصدق هذا الوصف عليه باطل من أصله، و بالنسبه إلى المنقرض الآخر باطل من حينه لصدقه عليه حينئذ كما هو واضح.

و أمّا على الثانى: بأن لا تكون للجزء الثانى، مع أنّه خلاف الظاهر، فأيضا لا يفرق الحال حيث إنّه حينئذ و إن كان كلا القسمين من المؤقّت المحكوم بالصحّه ببركه جواب الإمام عليه السّلام، و لكنّه فى الشقّ الأخير لمّا كان ينطبق عليه التعليل المزبور من حين انقراض الطبقه الاولى فتصير النتيجه مثل ما تقدّم، فعلى كلّ تقدير مفاد الروايه تنطبق على القاعده أيضا فتأمّل!

فرع آخر:

لو وقف على زيد ثمّ على عبيده، ثمّ على الفقراء فهل يصحّ الوقف مطلقا؟

۱- وسائل الشيعه: ۱۹/ ۱۹۲ الحديث ۲۴۴۱۴.

أی من غیر جهه الوسط، فإنّ الظاهر أنّه لا إشكال عندهم فی بطلانه بالنسبه إلی الوسط لعدم قابلیّه العبد للتملّک، و لکنّا قد قوّینا سابقا صحّته، أو یبطل مطلقا أو یفصّل بین الأوّل و الآخر.

و الثانی مبنیّ علی استفاده وحده المطلوب من الوقف بحیث کانت الطبقات الثلاث مرتبطه عند الواقف فی إنشائه، و حینئذ فلمّا کان یبطل بالنسبه إلی الوسط یقینا فیلزم بطلانه رأسا، و لکن لمّا کان هذا خلاف الظاهر فهذا الاحتمال لا وجه له، و هکذا التفصیل فهو أیضا لا یتمّ، إذ بعد استظهار تعدّد المطلوب و عدم توقّف صحّه اللاحق علی السابق فلا وجه لبطلانه بالنسبه إلی الآخر، حیث إنّ المفروض اجتماع شرائط الوقف فی هذه الجهه، فالأقوی صحّه الوقف بالنسبه إلی الطرفین و إن کان باطلا من حیث الوسط.

أقول: الإشکال فی أنّ التفکیک کیف یعقل فی عقد واحد بأنّ یؤثّر فی الأوّل و الآخر دون الوسط؟ و إن أجاب عن ذلک- دام ظله- بأنّ عدم تأثیره فی الوسط من جهه المانع، فهذا مرجعه إلی التعلیق فی العقد أی فی المنشأ و إلّا فالإنشاء تامّ محقّق فتأمّل!

ثمّ إنّه: إذا بطل بالنسبه إلی الوسط فحینئذ؛ هل ینتقل الوقف فی هذه القطعه من الزمان إلی الواقف، أو إلی ورثه الموقوف علیه الأوّل، أو إلی الطبقه الأخیره، أو یصرف فی وجوه البرّ، أو الأقرب إلی غرض الواقف؟ وجوه:

أمّا الآخر فلا وجه له لما تقدّم، و هکذا سابقه، إذ الواقف اعتبر الطبقه الأخیره بعد الوسط، فیدور الأمر بین الأوّلین.

أمّا رجوعه إلی الواقف فیتوقّف علی إحراز وحده المطلوب من طرفه من

جهه اخری، و هی أنّه إذا بطل الوقف بالنسبه إلی الوسط فلا وقف و لا إخراج فی زمانه، و لمّا کان إحراز ذلک مشکلا فیتعیّن الوجه الثانی لما ذکرنا سابقا من أنّ لازم الملکیّه أن تکون أمرا قارّا، فإذا عدمت لکلّ أحد، فتنتقل بعده إلی ورثته، بقی هنا فروع لم نتعرّضها لوضوحها، و اللّه العالم و هو ولیّ التأیید.

الوقف علی النفس

اشاره

المبحث السادس: فی الوقف علی النفس و ما یستتبعه، نذکره فی طیّ امور:

الأوّل: لا یخفی أنّ فی الوقف علی النفس جهات من الشبهه مصداقا و حکما،

أمّا الجهه الاولی لا- إشکال أنّه إذا وقف علی عنوان کلّی کالعلماء و نحوه، و انطبق علی نفسه لا- یعدّ ذلک من الوقف علی النفس، لعدم صدقه علیه و انصراف الأدلّه الدالّه علی بطلانه من الإجماع و غیره عنه، و إنّما المصداق الواضح منه أن یقول: وقفت علی نفسی.

ثمّ إنّه: ینبغی أوّلا- البحث فی ذلک من حیث مقتضی القاعده فنقول بعونه تعالی: أمّا بناء علی أن یکون الوقف هو التملیک- کما هو المشهور خصوصا فی الأوقاف الخاصّه- فحینئذ إمّا أن یبنی علی أنّ الملکیّه حقیقه واحده و إنّما یثبت بالوقف و ما ثبت للواقف من حیث أصله بالإرث أو غیره لا اختلاف بینهما ذاتا، و إنما الاختلاف من حیث اللوازم و الحدود.

و بعباره اخری: أنّها حقیقه بقوله بالتشکیک أوّلا، بل هی حقائق متباینه و أن الّذی سببه الإرث أو التسرّی غیر الّذی سببه الوقف، فعلی الثانی: لا إشکال

فی أنّ مقتضی القاعده صحّه الوقف علی النفس إذ لا یلزم تحصیل حاصل و غیره، حیث أنّ المفروض زوال الملکیّه الأوّلیّه الثابته للواقف بالوقف، و حدوث ملکیّه اخری متباینه معها، بحیث لیس له بعد أن یهبه أو یبیعه، مع أنّه کان له ذلک قبلا.

و لکن لا ریب فی بطلان هذا الاحتمال، ضروره؛ أنّ الملکیّه لیست إلّا أمرا عرفیّا اعتباریّا، و هی عباره عن العلقه إلی صله بین الشخص و المملوک لا اختلاف فی حقیقتها.

فعلی هذا ینحصر بالأوّل و علیه إن قلنا بأنّ الملکیّه الحاصله بالوقف لیست ذاتها تحدث به بل تحصیل حدّها به، فعلیه یصحّ الوقف إذ لا یلزم المحذور، لأنّ المفروض أنّ الملکیّه الأصلیّه للواقف شخص، و الذی تحصّل بالوقف شخص آخر.

و لکن لمّا کان هذا الاحتمال بعیدا لأنّ أسباب الملکیّه تتعلّق بذاتها لا بحدودها. فالحقّ: أنّه بناء علی أن یکون مفاد الوقف التملیک، بطلانه مطلقا.

و أمّا بناء علی أنّ حقیقه الوقف هو الإیقاف- کما هو التحقیق- لا کلام فیه من حیث أصل العین، و الإشکال من حیث المنافع.

و لکن لا ریب فی أنّها لیست مملوکه بالذات بل مملوکیّتها تابعه للعین، و لذلک یمکن الدعوی بأنّه من جهتها أیضا لا محذور، لأنّ تملّک المالک لها الّذی کان أوّلا، قد زال بزوال العین، و خروجها عن الملک بالوقف المفروض صحّته، و إنّما تملّکه الآن تملّک جدید سببه الوقف، غایته أنّه بقاء مستند إلیه لا حدوثا، و لیس معنی تبدّل الملک إلّا الخلع و اللبس و لو بقاء، و لا یمکن أن یقال بمثله

بالنسبه إلى نفس العين حتّى يقال بصحّه الوقف و لو بناء على الملكيّه، لأنّه بالنسبه إليها مقتضى البقاء موجود و هو الملكيّه الحادثه بسببها الأصلى، و هذا بخلاف المنافع، لزوال مقتضيها بسبب إيقاف العين المخرج عن الملك، فتصير قابله لتأثير سبب آخر فيها، و لكن لمّا لم يتخلّل العدم بين تملّكها القديم و الجديد فالسبب الجديد لا يؤثّر فيها إلّا بقاء.

ثمّ إنّ مع الغضّ عن ذلك و تسليم عدم صحّه اعتبار تملّك المنافع لهذه الشبهه أو غيرها؛ فنقول: قد تقدّم فى مسأله الوقف على العبد و الحربىّ، أنّه مع وجود المانع لتملّك العين ينصرف الوقف إلى المنافع، و مع المانع لها ينصرف إلى الصرف، حيث إنّ المانع يؤثّر بمقدار ما له الأثر، فهكذا فى ما نحن فيه، فإذا كان المفروض صحّه الوقف بالنسبه إلى نفس العين، فبالنسبه إلى المنافع إذا لم يمكن أن يتملّكها الموقوف عليه فقهرا يصير مصرفا له، و يصير حاله حال المسجد أو القنطره.

هذا كلّه؛ على مقتضى القاعده، و قد اتّضح أنّه على مسلك التحقيق فى باب الوقف لا مانع عنه، بل يمكن تصحيحه على كلّ حال.

و لكنّ الّذى يظهر من إطلاق كلمات الأصحاب و معاقد الإجماعات بطلانه مطلقا، حيث إنّه مع اختلافهم فى المبنى تمليكا أو إيقافا أطلقوا الحكم ببطلان الوقف على النفس و لم يفصّل أحد، و اللّه العالم.

الأمر الثانى: أنّه إذا اعتبر الواقف انتفاعه من الوقف و ما يستتبعه، فهل يصح ذلك أم لا؟

و هنا صور، فتاره؛ يشترط ذلك فى متن العقد على نحو الاستفتاء، كما لو

اشترط أن يؤتى مقدارا من منافعه إلى مصرف الزكاه أو الخمس الّذى عليه، و كان نظره إلى إخراج هذا المقدار عن أصل الوقف، و يكون بالنسبه إليه مسلوب المنفعه، هذا لا إشكال فيه و لا مانع عنه، لعدم شمول معاقد الإجماعات له أصلا.

و اخرى: يشترط ذلك على الموقوف عليه، و هذا يكون على قسمين: فقد يشترط عليهم ببذل المقدار المعيّن من مال أنفسهم إلى ما يعيّنه من المصرف، و قد يشترط ذلك عليهم من منافع الوقف، و الظاهر، أنّه لا إشكال فى هذه الصوره أيضا، و أنّها تصحّ بكلا شقّيها، و ذلك لأنّه على كلّ شقّيه إلزام خارجى لا ربط له بمنافع الوقف، و ليس مصداقا لما هو محلّ البحث.

و إنّما الإشكال؛ فيما لو أطلق و عيّن لنفسه مصارف من الوقف كأداء ديونه الإلهيّه أو الخلقيّه، فالظاهر أنّ المنصرف إليه من مثل هذه العباره اعتبار الوجوه المذكوره مصرفا فيصير مصداقا للوقف على النفس، فإن بنى على شمول إطلاق معاقد الإجماعات للصوره الاولى أى الوقف على النفس، و لو على نحو المصرف، فهذه الصوره أيضا تبطل، إذ مرجع ذلك إليه.

و الالتزام بالفرق بين أن يقول: وقفت على نفسى، و العباره المذكوره كما ترى، فهذه الصوره أيضا حكمها واضح، و تكون هنا بعض الصور الخفيّه غير ما ذكر.

منها: أنّه لو عيّن ظرف أداء الوجوه المذكوره بعد موته، فقد يتوهّم خروجها عن محلّ النزاع أيضا، نظرا إلى أنّ بالموت لمّا ينعدم الشخص عرفا فيخرج عن كونه وقفا على النفس، و الفرق بينه و [بين] حال حياته أنّ بالنسبه إليه باعتبار اشتغال ذمّته فعلا بالوجوه، و كانت تأديتها إفراغا لها، فيصير من

الوقف على النفس، و هـذا بخلاف [ما] بعـد الموت إذ لا ذمّه هناك بل هى زالت تبعا لزوال الشـخص، و حكم الشارع بوجوب الأـداء حينئـذ أيضـا تعبّـد محض لاـ ربط [له] ببقاء الـذمّه، و لو بنينا و سـلّمنا اعتبار بقائها أيضا فإنّما هو تنزيل من جهه خاصّه لا يترتّب عليه مطلق الآثار.

هذا غايه توجيه الفرق و أنت خبير بفساده، أمّا أوّلا فلعدم انعدام الشخص و بقائه ببقاء نفسه الناطقه.

و ثانيـا: أنّ حكم الشـارع ليس من بـاب التنزيـل حتّى يتمّ مـا ذكر، و إنّمـا هو من بـاب اعتبار بقاء تلك الـذمّه الثابته حال الحياه، بحيث يرى نفسها باقيه و لا يرى فرقا بين الحالتين.

فعلى هـذا لاـ يبقى مجال لما ذكر، إذ [هـذا] يصـير من مصاديق الكبرى السابقه و هى الوقف على النفس، لا أن يكون ممّا يرجع إليه منافعه و لو بوسائط.

و منها: ما لو اشترط أداء ديونه الإلهيّه؛ و الظاهر أنّ ذلك أيضا بحكم الصوره السابقه و بقيّه الصور يظهر حكمها ممّا تقدّم.

الأمر الثالث؛

اشاره

قال فى «الشرائع»: لو شرط عوده إليه عند حاجته صحّ الشرط و بطل الوقف .. إلى آخره (۱).

قـد حقّقنـا سابقـا أنّه لا بأس بتحديـد الوقف بحيث لا يرجع إلى التوقيت و أخـذ الزمان قيـدا، و هكـذا يصـحّ كلّ شـرط لم يكن مرجعه إليه بل كان تحديدا للوقف أو الموقوف عليه، فحينئذ يصحّ هذا الشرط أيضا، و الوقف على حاله لو

۱- شرائع الإسلام: ۲/ ۲۱۷.

كان المراد به أحد الأمرين المساوق لأخذ عنوان فى الوقف، لعموم أدلّه الشرط و خصوص الوقوف [تكون] على حسب ما يوقفها أهلها (۱) و اللّه العالم.

فروع:

الأوّل: قال فى «الشرائع»: و لو شرط إخراج من يريد بطل [الوقف] (۲)، و لو شرط إدخال من سيولد مع الموقوف عليهم جاز (۳).

قد يشكل الفرق بين الفرعين فى بادئ النظر، و لكنّه هو التحقيق، و هذا يظهر بعد الإشاره إلى أمرين.

الأوّل: قد أشاروا إلى الفرق بين باب المعاملات و الأحكام فى باب المفهوم من حيث كون إطلاق المعامله يقتضى انحصار الملك إلى من انتقل إليه، و عدم كونه بعد قابلا للنقل إلى الآخر، و ذلك لعدم كون العين الشخصى قابله إلّا لتعلّق سلطنه واحده مستقلّه بها، بخلاف الأحكام، فيمكن أن تجب الصلاه على زيد، و هكذا على عمرو بوجوب آخر، و كذلك إلى آخر أفراد المكلّفين.

الثانى: لا إشكال أنّ الشروط كليّا إنّما تؤثّر إذا لم يكن فى مقابلها مقتض، فهى إنّما تشرع فى ظرف عدم الاقتضاء، و لذا بنينا فى محلّه فى «باب الشروط» إنّما يصح الشرط فى مقابل الأحكام الاقتضائيه، و إلّا فباطل.

إذا ظهر ذلك فنقول: إنّ فى الفرع الأوّل إذا كان المفروض أنّه وقف على عشره نفرات، و شرط أن يكون إخراج كلّ منهم عن الوقف بيده، فلمّا كان

۱- وسائل الشيعه: ۱۹/ ۱۷۵ الحديث ۲۴۳۸۶.

۲- ما بين المعقوفتين أثبتناه من المصدر.

۳- شرائع الإسلام: ۲/ ۲۱۷.

بمقتضـی انطباق عنوان الوقف علیهم أوّلا صـیروره کلّ واحد منهم موقوفا علیه، بحیث یکون الوقف بمقتضی عموم أدلّه اقتضائه بالنسـبه إلی کلّ منهم تامّا، فحینئـذ لا یبقی موقع لتأثیر الشـرط لما تقدّم من أنّه إنّما یصحّ إذا لم یکن فی البین مؤثّر و مقتض فی الرتبه السابقه علیه.

و أمّا فی الفرع الثانی: فلأنّه لمّا کان انحصار الوقف إلی من عیّنه فی متن العقد لا یتمّ إلّا إذا سـکت المتکلّم و لم یأت فی کلامه تقیید ینافیه، فحینئذ بمقتضی الأمر الأوّل یثبت الانحصار، و أمّا إذا أتی بما ینافیه کما یکون له ذلک إذ حجیّه کلامه بعد سکوته و عـدم الإتیـان بمـا ینـافی ظهور کلامه متّصـلا أو منفصـلا، و إلّا فهو بمنزله الشارح له، و یصـیر مـدلول المجموع هو الحجّه، و المفروض أنّ فیما نحن فیه أتی متّصـلا بما یـدفع اختصاص الوقف عن جعلهم فی مصبّ العقد، فلذلک یثبت له الاختیار حسـبما شرط بمقتضـی عموم أدلّه الوقف و أنّه حسـبما یوقفهـا أهلها (۱)، و عموم الشـرط (۲) فتأمّـل! فـإنّ ما أفاده- دام ظلّه- فی الفرع الثانی بعینه یجری فی الأوّل، فإنّ تمامیّه العقد و اقتضاءه بحیث یفید التملیک للموقوف علیه أبدا یتوقّف علی عدم اتّصال الشرط بالکلام، و إلّا فلا اقتضاء له کذلک و لا تقدّم فی البین لا رتبه و لا غیرها.

الثانی؛ فی «الشرائع»: لو شرط نقله عن الموقوف علیهم إلی من سیولد لم یجز و بطل الوقف (۳).

۱- انظر! وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۷۵ الحدیث ۲۴۳۸۶.

۲- شرائع الإسلام: ۲/ ۲۱۷.

۳- شرائع الإسلام: ۲/ ۲۱۷.

[هـذا] إذا كان مرجعه إلى الانتقال عن موقوف عليهم إلى من سيوجد، بحيث يكون الوقف بالنسبه إليهم تامّا أبـديّا، أو إلى أن يكون هو بنفسه ناقلا لأنّ كليهما خلاف مقتضى العقد، و الشرط لا يترتّب عليه مثل هذا الأثر، لأنّه ليس شرعا كما هو واضح، و أمّا إذا كان المراد به تحديـد أمـد الوقف أو الموقوف عليه فيصحّ و لا مانع عنه لما مرّ مرارا أنّ ذلك ليس تحديدا يضرّ بالوقف فلا بأس به، و اللّه العالم.

الثالث: و فيه أيضا: قيل: إذا وقف على أولاده الأصاغر جاز له أن يشرك معهم (۱) .. إلى آخره.

لا يخفى؛ أنّه عند إجراء الوقف، تاره: يجعل الوقف على أولاده الموجودين و يقيّده بهم بلا أن يكون نظره إلى غيرهم.

و اخرى: يجعل موضوع الوقف عنوان الأولاد بلا تقييد بالموجودين.

فعلى الأوّل؛ لا يجوز له الاشتراك أصلا إذ المفروض تخصيص الوقف بالحاضرين، فالتعـدّى خلاف أدلّه الوقف و التبـديل، و على الثانى ليس له عـدم الاشتراك، بل يلزم ذلك و يزيـد أسـهام الوقف بازدياد الأولاد، كما هو [المستفاد من] عموم «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» (۲).

فعلى كلّ تقـدير؛ قول القيل هذا لا يتمّ و يخالف القواعد، فيمكن أن يكون نظر القائل عن الشيخ قدّس سرّه و من تبعه (۳) إلى بعض الأخبار الخاصّه فى المقام (۴).

۱- شرائع الإسلام: ۲/ ۲۱۷.

۲- انظر! وسائل الشيعه: ۱۹/ ۱۷۵ الباب ۲ من أبواب وجوب العمل بشرط الواقف و عدم جواز تغييره.

۳- جواهر الكلام: ۲۸/ ۸۰.

۴- انظر! وسائل الشيعه: ۱۹/ ۱۸۳ الباب ۵ من أبواب الوقوف و الصدقات.

و لکن مجال المنع من حیث دلالتها أیضا واسع إذ هی جمله من الروایات التی أوردها فی «الجواهر» (۱) و لیس فیها لفظ «الوقف» أوّلا، إلّا أن تحمل الصدقه علیه، و معه أیضا لا یتمّ الاستدلال لأنّها بین مطلقات کخبر سهل الّذی مفاده جواز الاشتراک مطلقا (۲)، و تقیّدات کذیل روایه ابن یقطین الّذی مفاده أنّه مع إبانه الصدقه و إقباضها لا یجوز الاشتراک (۳)، فلا محیص عن حمل الأوّل علی ما إذا لم یتمّ الوقف لعدم حصول القبض.

و أمّا روایه «قرب الإسناد» (۴) فهی لا ربط لها بالمقام أصلا، بل مساقها مساق قوله: «أنت و مالک لأبیک» (۵) و أنّ للولیّ أن یتصرّف فی منافع الوقف الّذی مال الصغار کیف شاء، و اللّه العالم.

الفرع الرّابع: فی «الشرائع»: و لو وقف مسجدا صحّ الوقف و لو صلّی فیه واحد (۶) .. إلی آخره.

الکلام فی القبض تقدّم فی صدر الباب مفصّلا، و قد حقّقنا هناک أنّه لا دلیل علی اعتباره فی الصحّه أو اللزوم إلّا الإجماع الذی لا إطلاق له، فکلّما شکّ یؤخذ بالقدر المتیقّن، و لذلک اکتفینا بقبض المتولّی و الناظر للوقف، بل من یعیّنه الواقف له و بعض الأشخاص الموقوف علیهم، و قلنا: إنّه فرق بین مسأله القبول

۱- جواهر الکلام: ۲۸/ ۸۰.

۲- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۸۳ الحدیث ۲۴۴۰۱، جواهر الکلام: ۲۸/ ۸۰- ۸۱.

۳- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۸۳ الحدیث ۲۴۴۰۰.

۴- قرب الإسناد: ۲۸۵ الحدیث ۱۱۲۶، وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۸۴ الحدیث ۲۴۴۰۴.

۵- سنن ابن ماجه: ۲/ ۷۶۹ الحدیث ۲۲۹۱ و ۲۲۹۲، مسند أحمد: ۲/ ۱۷۹ و ۲۰۴ و ۲۱۴.

۶- شرائع الإسلام: ۲/ ۲۱۷.

و القبض، فلا يكتفى فى الأوّل بقبول بعضـهم و لا الطبقه الاولى، بل يعتبر قبض الجميع بأنفسـهم أو وليّهم، و ذلك لأنّ مقتضـى العقد الذى عباره عن الإيجاب و القبول، المفروض انحلاله بعدد أشخاص المتعاقدين حتّى يصحّ أوفوا بعقودكم هو ما ذكرنا.

و هـذا بخلاـف القبض، حيث إنّه لاـ يجرى فيه الاعتبـار المتقـدّم بـل هو حكم تعبّـدى قام الإجماع عليه فيؤخـذ بالقـدر المتيقّن، فلـذلك يتمّ مـا أفاده المحقّق قـدّس سـرّه فى المقام، و أنّه يكفى فى تحقّق قبض المسـجد إقامه صـلاه واحـده فيه، و هكـذا فى المقبره بـدفن واحـد من الموقوف عليهم إذ هو القـدر المتيقّن من اعتبـار القبض (١)، فلا يرد ما أورده فى «الجواهر» قـدّس سـرّه (٢).

جريان المعاطاه فى الوقف

ثمّ قال المحقّق قدّس سـرّه: و لو صـرف الناس فى الصلاه فى المسجد أو فى الدفن و لم يتلفّظ بصيغه الوقف لم يخرج عن ملكه (٣) إلى آخره.

ما ذكره قدّس سرّه مبنىّ على عدم جريان المعاطاه فى الوقف، فعلى هذا ينبغى البحث فيها.

و لا يخفى أوّلا أنّ المحتملات فى هذه العباره خمسه:

الأوّل: أن لا يقصد بأمره و إجازته للناس للصلاه فى المسجد الذى بناه

١- شرائع الإسلام: ٢/ ٢١٧- ٢١٨.

٢- جواهر الكلام: ٢٨/ ٨٥.

٣- شرائع الإسلام: ٢/ ٢١٨.

سوى إقامه الصلاه فيها بلا نظر إلى حيث الوقف بأمره أو فعل المجاز أو غيره أصلا، فلا إشكال فى أنّه لا يحصل الوقف حينئذ و لا أظنّ أن يتوهّمه أحد.

الثانى: أن يقصد بإيجاد الطرف الفعل فى الخارج الوقف، و وقوعه إمّا بأن يجعله عن نفسه نائبا بحيث هو يقصد بذلك الفعل الوقف أو هو بنفسه يقصد، و لكن يستند فعله إلى نفسه، فهذه الصوره بكلا شقّيها تكون من مصاديق المعاطاه، حيث إنّه بالفعل يقصد تحقّق المعامله الخاصّه و هو الوقف.

فنقول: إنّ فى باب المعاطاه مسلكين:

أحدهما: ما يظهر من كلمات شيخنا قدّس سرّه إنّ صحّه المعاطاه على مقتضى القاعده و إنّها مشموله لأدلّه العقود، حيث إنّها ليست إلّا عباره عن العهود و البناء، و أنّها أعمّ من أن يكون الدالّ عليها فعلا و عملا أو قولا و لفظا، فحينئذ مقتضى القاعده فى المعاملات الّتى تحصل بالفعل مثل ما تحصل بالقول هو اللزوم، و إنّما خرج عنها فى العقود الفعليّه بالسيره، حيث إنّها قامت [على] كون العقد المعاطاتى جائزا فخصّصت بها أدلّه العقود، و لذلك يكتفى بالقدر المتيقّن منها فى موارد الشكّ و فى الزائد عليه، الأصل اللزوم.

ثانيهما: هو اختصاص أدلّه العقود بالعقود اللفظيّه، و البناء على أنّ المعاطاه خلاف الأصل، و أنّ مشروعيّتها ببركه السيره، و على هذا تصير المعاطاه عكس الأوّل بمعنى أنّه لا يلتزم بها إلّا بمقدار دلّ الدليل عليه، و أمّا فى ما شكّ فيه؛ فالأصل عدم مشروعيّتها.

إذا تبيّن ذلك؛ فنقول: التحقيق جريان المعاطاه فى الوقف على كلا المسلكين.

أمّا على الأوّل فواضح، و كذلک على الثانی، لما نرى بالوجدان من قيام السيره على الاكتفاء بالمعاطاه فى الوقف، كما فى حصر المساجد و الفراش للمشاهد المشرّفه و غيرها من السراج و القناديل و نحوها، و هكذا فى وقف الطرق و الشوارع و الخانات، بل و المساجد، حيث إنّه لم يعهد إلى الآن أن يكون النّاس ملتزمين بإجراء العقد اللفظى فى مثل هذه الامور، بل يكتفون بإيجادهم الخارجى لها و إحداثها بلا مئونه اخرى قديما و حديثا، إلّا أن يقال: إنّها من باب الوقف بالسرايه و أنّ إجراء العقد فى أصل الموقوفه يكفى فى توابعها، و لو لم تكن محدثه.

و لكنّا بعد تسليمه إنّما يتمّ بالنسبه إلى التوابع كحصر المسجد و نحوها، و أمّا فى الامور (۱) الاستقلاليّه و الابتدائيّه كالقناطر و نحوها ممّا مثّلنا، فلا يتمّ كما هو واضح، مع أنّه لم يعهد فيها إجراء عقد الوقف بل بناء العرف و المتشرّعه على الاكتفاء بصرف إيجادها الخارجى، أو إيجاد فعل فيها كالمرور على القناطر.

و بالجمله، لا مجال لمنع جريان السيره فى الوقف من بين المعاملات رأسا و الالتزام بها فى المحقّرات لكونها المقدار المتيقّن دون الامور الخطيره و اختصاصها بغيرها إذ لا خصوصيّه لها، و أمّا عدم الاكتفاء بالمعاطاه فى مثل وقف القرى و القصبات و أمثالها، فليس من باب عدم اكتفائهم بالمعاطاه فى أصل الوقف و عدم مشروعيّتها، بل هو من جهه الاحتياط و تشديد الأمر كما يعملونه من جهه الامور الأخر أيضا، كالإشهاد و تنظيم الأوراق و غيرهما.

۱- يمكن دعوى منع كون ما ذكر من الأمثله من باب الوقف، بل هى من قبيل الإباحه و يؤيّده إجراؤهم أحكام المساجد عليها فى باب إحياء الموات، فراجع و تأمّل! «منه رحمه اللّه».

فعلى هذا، حال الوقف حال سائر المعاملات، تجرى فيه المعاطاه مطلقا كما ذهب إليه جمع (۱).

و أمّا مقايسه المقام بباب النكاح كما يظهر من [صاحب] «جامع المقاصد» قدّس سرّه (۲) فلا وجه له، ضروره أنّ فى النكاح لا يجوز شرعا أصل الفعل الذى يقصد به العقد، مثل القبله و الجماع و نحوهما، بل بدون تحقّق النكاح فى الرتبه السابقه حرام و لا سلطنه للشخص بالنسبه إليها، و السبب إنّما يؤثّر إذا كان للفاعل عليه السلطنه، فلذلك يفرق باب النكاح عن سائر المعاملات، و هكذا ما يلحق بها من الإيقاعات كالطلاق.

الثالث: أن لا يقصد الواقف بالفعل الوقف بل يجعل إذنه طريقا إلى رضاه و قصده الوقف الاكتفاء بذلك، و الالتزام بوقوع الوقف فى هذه الصوره مبنىّ على تحقّق المعاطاه بهذا المقدار و هو خلاف التحقيق، حيث إنّها من الامور الإيقاعيّه و الإنشائيّه، فهى تحتاج إلى المبرز و لا تقع بصرف القصد، فما يظهر من «المبسوط» (۳) ضعيف.

الرابع: أن يجعل صرف أمره بالدفن و إذنه فى الصلاه كنايه عن إيقاع الوقف فيصير بذلك عقدا لفظيّا لا معاطاتيّا، و الأقوى؛ أيضا عدم الاكتفاء به، و عدم وقوع الوقف حينئذ، لأنّ المستفاد من معاقد إجماعاتهم فى اعتبار اللفظ فى العقود هو الألفاظ الصريحه لا غيرها.

۱- راجع! المكاسب: ۳/ ۹۵.

۲- جامع المقاصد: ۹/ ۱۲.

۳- المبسوط: ۳/ ۲۹۱.

هـذه المحتملات الأربعه. أو الخمسه، فى عباره المتن، و قد عرفت أنّ التحقيق صحّه الوقف و وقوعه فى الصورتين منها دون الثلاثه الاخر، و لا يبعد أن يكون مراد المحقّق أحدها، و كيف كان؛ قد ظهر ما هو الحق، هكذا أفاد- دام ظلّه-.

و لكن يمكن المناقشه، لأنّه أوّلا: إنّ الاكتفاء بالمعاطاه فى الوقف و جريانها فيه ينسب إلى أبى حنيفه (۱) و القائل به منّا جماعه قليله (۲).

و ثانيا: قد ادّعى أنّ طبع الوقف يقتضى اللزوم و هو ينافى المعاطاه الّتى يقتضى طبعها الجواز.

و ثالثا: لم تثبت السيره الّتى ادّعاها، فإنّ ما ذكر من النقوض و الأمثله يمكن الدعوى خروجها عن الوقف رأسا و أنّها من قبيل المباحات.

نعم؛ بناء على الملك الأوّل فى باب المعاطاه، كما يظهر من الشيخ استاد الأساطين قدّس سرّه فى مكاسبه ميله إليه (۳) و هكذا السيّد فى حاشيته (۴) لا مجال للمناقشه فيما أفاد أصلا، و اللّه العالم.

۱- المبسوط للسرخسى: ۱۲/ ۳۵ و ۳۶.

۲- انظر! المكاسب: ۳/ ۹۵.

۳- المكاسب: ۳/ ۹۴.

۴- حاشيه المكاسب للسيّد كاظم اليزدى: ۱/ ۸۱.

أحكام الوقف

اشاره

المبحث السابع: فی جمله من الأحكام.

[الاولی:] فی «الشرائع»: الوقف [إذا تمّ زال عن ملک الواقف و] (۱) ینتقل إلی ملک الموقوف علیه (۲) إلی آخره.

قد تقدّم الکلام من هذه الجهه فی الفوائد الّتی ذکرها- دام ظلّه- فی صدر الباب، و حاصله: أنّ الأدلّه و إطلاقات باب الوقف مثل قوله علیه السّلام: «حبّس الأصل و سبّل الثمره» (۳) لا تقتضی أزید من خروج العین الموقوفه عن ملک الواقف، و أمّا دخولها فی ملک الموقوف علیهم [فلا]، بل یمکن الدعوی بأنّ ظاهر لفظ التحبیس خلافه.

و بالجمله؛ مقتضی طبع الوقف و الإیقاف هو التحبیس و التحریر، و من هنا قلنا: بأنّه لا فرق بین الأوقاف الخاصّه و العامّه و الوقف علی الجهات، و أمّا بناء علی کونه مقیّدا للملکیّه فیلزم التفکیک بین هذه الأنواع، أو الالتزام بکون المالک فی الوقف علی الجهات- کالقناطر و المشاهد المشرّفه- هو المسلمون و هو کما تری.

ضروره؛ أنّه خلاف ارتکاز الواقف فیها، حیث إنّه لا یخطر بباله تملّکهم لها أصلا، بل تمام نظره صرف الوقف فی الجهات المذکوره و انتفاع المسلمین منها.

۱- ما بین المعقوفتین من جواهر الکلام: ۲۸/ ۸۸.

۲- شرائع الإسلام: ۲/ ۲۱۸.

۳- مستدرک الوسائل: ۱۴/ ۴۷ الحدیث ۱۶۰۷۴.

و أمّا أنّه لمّا لا يمكن أن يصير الملك بلا مالك فلا بدّ من الالتزام بتملّك الموقوف عليه، و أمثاله من الوجوه، فأيضا لا يسمن و لا يغنى من جوع، إذ الكلام أوّلا فى تحقّق علقه الملكيّه بالوقف رأسا كما عرفت، بل حال الوقف حال المباحات الأصليّه، غايته أنّها قابله للتملّك بأسبابه دون الوقف.

نعم؛ إنّما يمكن أن يتمسّك به للدعوى المذكوره هو بعض الأخبار الّتى اطلق فيها لفظ «الصدقه» على الوقف، كما فى وقف الكاظم عليه السّلام (١) و وقف أمير المؤمنين عليه السّلام (٢) لمّا جاءه بعين [ينبع] البشير حيث إنّ لفظه «الصدقه» ظاهره فى التمليك و التملّك، و لكنّه يتمّ لو لم يكن اللفظ مستعملا بعنايه فى تلك الأخبار، بمعنى أنّ الوقف لمّا كان يفيد تمليك المنافع اطلق عليه لفظه «الصدقه» لكون العين بنفسها و إن لم تكن تدخل فى ملك الموقوف عليه إلّا أنّها لمّا كانت ببعض مراتبها و هى منفعته قد دخلت فى ملكه فصحّ إطلاق اللفظ عليه، و أمّا من جهه أنّه بالوقف خرجت العين عن سلطنه المالك رأسا فهو مثل الصدقه.

و الّذى يؤيّد كون الاستعمال على وجه العنايه ما ذكرنا من أنّ الارتكاز فى الأوقاف العامّه و الوقف على الجهات ليس إلّا الإخراج، و انتفاع الموقوف عليهم منها، بلا نظر إلى التمليك أصلا، مضافا إلى أنّه ليس للفظ «الصدقه» ظهورا تامّا فيما ادعى فتأمّل!

الثانيه: قال فى «الشرائع»: فلو وقف حصّه من عبد ثمّ أعتقه لم يصحّ-

---

١- وسائل الشيعه: ١٩/ ٢٠٢ الحديث ٢۴۴٢٧.

٢- وسائل الشيعه: ١٩/ ١٨۶ الحديث ٢۴۴٠۶.

إلى أن قال- و لو أعتقه الشريك مضى العتق فى حصّته و لم يقوّم عليه (۱) .. إلى آخره.

ما أفاده قدّس سرّه فى الفرع؛ فعلى مسلكنا من عدم انتقال الوقف إلى ملك الموقوف عليه فلا محيص عنه بل هو التحقيق، إذ لا عتق إلّا فى ملك، و أمّا على ما ينسب إلى المشهور من الانتقال فلا يتمّ، إذ المفروض أنّ العبد صار ملكا للموقوف عليه بلا نقض فيه، فيطبّق عليه كبرى العتق، غايته أنّه ملك تقطيعىّ إلّا أن يدّعى انصراف قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «لا عتق إلّا فى ملك» (۲) عن مثل هذا الملك، بل الظاهر منه هو المطلق، بحيث لا يكون لأحد فيه و لو فيما يأتى، خصوصا مع ما ورد فى أخبار الوقف من أنّه لا تباع و لا توهب، إذ نعلم بأنّهما من باب المثال و المراد عدم صحّه التصرّفات الناقله بوجه أصلا.

و أمّا الفرع الثانى: فالتحقيق فيه ما أفاده فى آخر كلامه و تردّد فيه (۳)، و ذلک لأنّه ليس لنا دليل منع عن أصل العتق الاختيارى أو العتق بالسرايه إلّا ما تقدّم من قوله عليه السّلام «لا تباع و لا توهب و لا تورث» (۴) فتصير حاكمه على أدلّه الأسباب الاخر، إذ لا خصوصيّه للامور المذكوره فتتعدّى إلى كلّ سبب ناقل، اختياريّا كان أو قهريّا.

و لكن لمّا لا إشكال أنّه إنّما يتعدّى عن الامور المذكوره إلى كلّ ما هو من سنخه أى التصرّفات الناقله فى طرف وجود بقاء العين و عدم تلفه، و أمّا فى

۱- شرائع الإسلام: ۲/ ۲۱۸.

۲- عوالى اللآلى: ۲/ ۲۹۹ الحديث ۴، و ۳/ ۴۲۱ الحديث ۳.

۳- شرائع الإسلام: ۲/ ۲۱۸.

۴- وسائل الشيعه: ۱۹/ ۱۸۶ الحديث ۲۴۴۰۶.

صوره تلفها فلا یجری الدلیل المزبور، و لذلک لو جنی مثل هذا العبد بما یوجب القصاص اقتصّ منه، و إن لم یجز استرقاقه.

فمن هنا یثبت أنّه لو تعدّینا عن الامور المذکوره فإنّما ینبغی التعدّی إلی کلّ تصـرّف ناقل فی طرف وجود العین لا مع تلفها و ما هو الملحق به.

إذا ظهر ذلک فنقول: إنّه لمّا لا إشـکال فی أنّ تحریر العبـد و انعتاقه بمنزله تلفه، فلا یبقی له اعتبار مالیّه أصـلا کسائر الأحرار، و لذلک قد عبّر عنه فی مسأله العتق بالسرایه بأنّه قوّم علیه، فإنّه لا خفاء فی عنایه هذا التعبیر، و أنّه لمّا أوجب تلف مالیّه العبد فعلیه ضمانه و قیمته، فعلی هـذا یفرق باب الانعتاق عن سائر الأسـباب و أنّه یکون فی حکم التلف و عـدم بقاء الموضوع، و یخرج عن کونه مصـداقا للتصـرّفات الممنوعه عنهـا مما هی من قبیل البیع و الهبه و الإرث، و إنّما العتق ابتـداء مباشـره من قبلها، و أمّا العتق القهری الحاصل بالسرایه فهو خارج عنها، فلا محیص عن الالتزام بحصول العتق فی النقص الآخر من العبد الذی وقف.

المسأله الثالثه: فی «الشرائع» لو جنی علیه فإن أوجبت [الجنایه] (۱) أرشا فللموجودین من الموقوف علیهم .. إلی آخره (۲).

هنا جهات من الکلام ینبغی البحث عنها:

الاولی: فی وجه اختصاص الأرش بالموجودین، فقد قیل (۳): إنّه لمّا کان من

۱- ما بین المعقوفتین أثبتناه من المصدر.

۲- شرائع الإسلام: ۲/ ۲۱۹.

۳- جواهر الکلام: ۲۸/ ۹۸.

قبیل المنافع، و لا خفاء فی أنّ منافع کلّ زمان مختصّه بالموجودین فی ذاک الزمان، فلذلک یختصّ الأرش بهم.

و لکن هذا الوجه لا یتمّ، بل مقتضی القاعده اشتراک الموجودین و المعدومین فیه، و حال الأرش حال الدیه مطلقا، سواء کانت موجبه لنقص فی العین أو زوال الوصف، و ذلک لأنّه أمّا فی الأوصاف فلأنّها و إن لم یقابل بشی ء و لا یعتبر فیها البدلیّه بل غایتها أنّها [موجبه ل] زیاده الرغبه فی العین و نقصانها، و لذا ینتقص قیمتها و یزید، و لکنّ العین لمّا کانت مشترکه بین جمیع الطبقات بما لها الخصوصیّات، بحیث یکون وجود وصف فی العین یوجب قابلیّتها لأن ینتفع منها بما لا یمکن الانتفاع عنها عند زواله، بل یخرج عن تلک القابلیّه، فحینئذ یکون الطبقات کلّها مستحقّه للانتفاع عن القابلیّه المفروضه، و زوال الوصف یوجب الضرر علی الجمیع، و خروج شی ء عن کیسهم، فحینئذ کلّما یقوم مقامه و یوجب تدارک النقص لا بدّ و أن یدخل فی کیسهم حتّی یصدق الجبر بالنسبه إلی الجمیع.

و لمّا لا إشکال فی أنّ مسأله الأرش لیس حکما تعبّدیا محضا، بل نعلم أنّ ملاکه ما ذکرنا من الجبر و التدارک؛ فلا وجه لاختصاص الموجودین به بمحض کون الحکم تعبدیّا، و أمّا فی نقص العین فممّا ذکرنا ظهر حاله، و أنّ الأرش المأخوذ من جهته بالطریق الأولی لا بدّ و أن یشترک فیها جمیع الطبقات و یجری فیه ما یجری فی الدّیه.

نعم؛ علی ما حقّقنا لا بدّ من التفصیل بین النقص و العیب المستمرّ إلی عصر الطبقات الاخر، و غیره الّذی مختصّ بعصر الموجودین، ففی الأوّل لا محیص

عما ذكرنا، و فى الثانى هو لا يجرى، بل يختصّ الأرش بالموجودين إذ المفروض ورود الضرر عليهم فقط فتأمّل!

الجهه الثانيه: فى حكم الجنايه الموجبه للقتل؛ لا إشكال أنّه بناء على كون الوقف ملكا للموقوف عليه أنّ للموجودين القصاص و قتل الجانى و تعلّق حقّ البطلان اللاحقه به لا يمنع عنه، إذ هذه الشركه طولىّ، و معناه أنّه فى ظرف وجود العين الموقوفه و بقائه و وجود البطون اللاحقه يتعلّق حقّهم به، و الحقّ إنّما يثبت بطبيعه المولى، و المفروض صدقها على الموجودين.

و أمّا بناء على عدم الملك، و التحقيق من كون حقيقه الوقف هو الإيقاف، فيمكن أن يدّعى أيضا بأنّ للموجودين القصاص، حيث إنّه و إن لم يكونوا مالكين للرقبه إلّا أنّه لمّا كان جميع شئون السلطنه و المولويّه ثابته لهم، و يكفى ذلك لصدق أنّهم الموالى، فينطبق عليهم كبرى أنّ القصاص بيد المولى.

و لو سلّمنا عدمه للمناقشه فيه بدعوى انصراف الأدلّه إلى مالك الرقبه، فلا بدّ من الالتزام بكون الاقتصاص بيد الحاكم، نظرا إلى عموم ولايته و أنّه لا يطلّ (۱) دم المسلم.

نعم، على هذا المبنى قد يستشكل فى مسأله الأرش و الديه لو انتهى الأمر إليهما، حيث إنّهما بدل الماليّه و الملكيّه، و المفروض أنّ الموقوف عليهم ليسوا مالكين للمجنىّ عليه، و أنّ هذه الاضافه مفقوده بالنسبه إليهما.

و لكنّك خبير بأنّ ذلك مبنىّ على باب الضمان، و أنّ مورد قاعده الإتلاف إنّما يكون إذا كان للتالف علقه و إضافه للغير، و إلّا فلا يصدق قوله: «من أتلف

۱- أى لا يهدر.

مال الغیر فهو له ضامن» (۱).

مع أنّ هذا المبنی فاسد، لأنّه نعلم بالوجدان أنّ الضمان إنّما جعل بإزاء احترام المال و إن لم یکن له إضافه إلی الغیر، و أنّ التعبیر بلفظ «الغیر» فی الحدیث بلحاظ ما هو الغالب، و حینئذ فی المقام لا إشکال أنّ العبد الموقوف و إن لم تکن إضافه لرقبته للغیر و هو الموقوف علیه، و لکنّهم مالکون لمنافعه فأصل مالیّته و احترامها محفوظه، فیتحقق موضوع الضمان، و لهم الأرش أو الدیه حتّی علی المبنی المزبور کما لا یخفی.

الجهه الثالثه: قد عرفت أنّه علی کلّ تقدیر للموقوف علیهم الموجودین القصاص عن الجانی قتلا کان أو دونه، و أخذ الأرش و الدیه فی محلّهما، فالأمر بیدهم لکون الحکم ثابتا لطبیعه المولی.

بقی الکلام فی أنّه: إذا أعرضوا عن حقّهم و أسقطوا القصاص و الدّیه فهل یسقط رأسا أو یبقی الحق للطبقات اللّاحقه؟

التحقیق أنّه لا یبقی موضوع لهم، و ذلک لما هو المقرّر من أنّ الفارق بین الحق و الحکم هو أنّ الثانی مثل السلطنه، و الملکیه غیر قابل للاسقاط و رفع الید، و الأوّل قابل له.

و معنی قابلیّته؛ أنّ زمام أمره إبقاء و إعداما بید ذی الحقّ، و علی هذا إذا فرضنا أنّ الحقّ للموالی الموجودین الّذین هم الموقوف علیهم فعلا لکونهم مصداق الطبیعه، فإذا أسقطوا لا یبقی بعد محلّ للطبقات اللاحقه بالمناط المزبور.

۱- القواعد الفقهیّه: ۲/ ۲۸ و ۷/ ۱۱۷.

الثالثه: (۱) فی حکم الـدیه الّتی تؤخـذ للجنـایه علی العبـد الموقوف، قـد تقـدّم الکلام فی مسأله الأرش و أنّه لا بـدّ و أن یلحق بـالوقف و یصـیر جزء، نظرا إلی کـونه بـدلا عن النقص الـوارد علی الوقف، فهکـذا حـال الـدیه، بـل بالنسـبه إلیهـا یمکن دعوی الأولویّه من الجهه المذکوره، إذ بدلیّتها أظهر، غایته أنّها بدل مقدّر شرعا و لا یختلف، بخلاف الأرش.

فعلی هذا؛ تقوم الدیه مقام الوقف بنفسـها بلا احتیاج إلی وقف جدید، بل لا بدّ و أن یشتری بها ما هو المماثل للوقف الأصلی و یجعل فی محلّه.

هـذا؛ و لکنّه یتمّ بناء علی عدم الاسـتظهار من أدلّه الدیه أنّها جزاء نقدی و بدل عن نفس الجانی، بل بدل عن المجنیّ علیه و أنّه أحد فردی التخییر بینه و بین القصاص، و إلّا فیصیر حالها حال القصاص، و الحقّ یختص بالموقوف علیهم الحاضرین و لا یتعدّی عنهم، بل ینتقل إلی ورثتهم مع عـدم استیفائهم، و حینئـذ یصـیر الأرش حکمه أظهر و أولی من الدیه فی صـیرورته جزء للوقف، عکس ما ینسب إلی جماعه أو المشهور، و اللّه العالم.

ثمّ إنّه إن لم یسـتوف الموجودون حقّهم و ما أسـقطوه بقی علی حاله إلی أن انتهت النوبه إلی الطبقات اللاحقه، فحینئـذ مع بقاء الموضـوع و العبـد إلی عصـرهم، لکـون الجنـایه علیه دون النفس، فهـل ینتقـل الحـقّ إلی ورثه الموجـودین فی وقت الجنـایه أو الطبقـات اللاحقه تسـقط رأسـا؟ وجوه مبتیّه علی أن یکون الموضوع و العنوان الثابت لهم الحقّ هو ذوات الموالی الطبقه الاولی لکونهم موالی، و لازمه الانتقال إلی ورثتهم أو نفس عنوان المولی الموجود فی وقت الجنایه لازمه

۱- کذا، و الظاهر أنّها الجهه الرابعه.

السقوط بموتهم، أو عنوان المولی المطلق و لازمه الوجه الثانی، و الأقوی هو الأخیر کما هو واضح، فتأمّل جیّدا!

المسأله الرابعه: قال فی «الشرائع»: إذا وقف مسجدا فخرب أو خربت القریه (۱) .. إلی آخره.

الظاهر؛ أنّه لا إشکال فی أنّ المسجد لا یجوز التصرّف فیه بوجه أصلا فی جمیع الأحوال و لو خرب بناؤه و لم یبق من آثاره شی ء، أو خرب المحل الّذی هو فیه، بل هو علی حاله باق و لو لم یبق منه إلّا عرصته.

و لا کلام لأحد فی ذلک إلّا فی المساجد التی فی الأراضی المفتوحه عنوه، و أمّا بالنسبه إلی غیرها، فالظاهر؛ أنّ المتسالم بین الأصحاب قد تمّ أنّ أرض المسجد لا تخرج عن المسجدیّه مطلقا، و لو أخذها الماء أو تصیر آجاما و نحوهما، بل یرون أحکام المسجدیّه علیها مترتّبه من عدم جواز تنجیسها، أو عدم دخول الجنب فیها، و کلماتهم فی جواز بیع الوقف عند الخراب و غیره منصرف عن المسجد مطلقا، بل مخصوصه و مقصوره علی عنوان الوقف لا ما یزید علیه، مثل عنوان المسجدیّه، فإنّه من قبیل العنوان الطارئ علی عنوان آخر، الّذی لا یزول حکمه فی حال کما یوافقه الاستصحاب، بخلاف أصل عنوان الوقف.

و إنّما الکلام فی المسأله الثانیه الّتی ذکرها فی «الشرائع» من خراب الدار و نحوها، و أنّه یجوز حینئذ بیع أرضها أم لا؟ و لمّا کان ذلک من صغریات مسأله جواز بیع الوقف و مستثنیاته فلا بأس بصرف الکلام إلی أصل تلک المسأله، و تحریرها فی الجمله.

۱- شرائع الإسلام: ۲/ ۲۲۰.

فنقول بعونه تعالى: إنّ تنقيح البحث فى ذلك، و أنّه كيف يجوز الخروج عن حرمه بيع الوقف يقتضى ذكر مقدمه أوّلا و هى: أنّه أوّلا هل الأدلّه الدالّه على حرمه بيع الوقف تدلّ عليها مطلقا بمعنى أنّها تنفى جوازه و لو مع طروّ أىّ عنوان عليه من الخراب و غيره من العناوين، أو ليست ناظره إلى هذه الجهه، بل غايتها أنّه لا يجوز بيع الوقف لعدم المقتضى فيه كما يكون فى سائر الأملاک و الأموال؟

ثمّ بناء على الأوّل؛ أىّ مقدار من الدلاله لها هل تكون مطلقه أو مختصّه؟

فهذا أصل مبنى المسأله، بحيث لو ثبت الأوّل ففى موارد الشکّ لا يجوز التمسّک بأدلّه الأسباب مثل عموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (۱) لعدم كونها متكفّله لبيان قابليّه المحلّ بل سقوطها عن صلاحيّه التمسّک بها مطلقا حتّى الثانى.

نعم؛ عليه الظاهر أنّه لاـ بأس بالتمسّک بأدلّه المسبّبات مثل أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ (۲) إذا فرضنا صدق البيع عرفا، بل بإطلاق الدليل و عموم الإمضاء يمكن إحراز الصدق و استكشافه، نعم؛ على الأوّل لا مجال للتمسّک بهذه الأدلّه أيضا، إذ عليه تصير ما دلّ على عدم جواز شراء البيع حاكما على أدلّه المسبّبات، فلا طريق للإحراز.

ثم إنّ العناوين الطارئه الّتى يمكن صلاحيّتها لترخيص البيع لا تخلو من امور:

منها: مسأله الخراب و له مراتب، فتاره يحصل الخراب بحيث يلحق الوقف بالمعدوم فعلا و يصدق عليه التلف مثل الحصر و الجذوع الباليه للمسجد و غيره.

۱- المائده (۵): ۱.

۲- البقره (۲): ۲۷۵.

و اخرى: لا- يصل بهذه الدرجه، بل يقرب بها لانتفاع معظم منافعه، كما لو فرضنا أن تتنزّل المنافع البالغه ألف تومان إلى مائه تومانا.

و ثالثه: ما لا- يصل تلك الدرجه أيضا، بل تقلّ منافعه، و لا يبعد أن يكون هذا القسم من مصاديق ما يكون التبديل أعود، و هكذا سائر العناوين مثل الحاجه، و مسأله المزاحمه بين حفظ الوقف و تلف الأموال الكثيره أو النفوس، فلها مراتب يختلف بالنسبه إليها لسان الأدلّه اللفظيّه و الاصول العمليّه، فإنّه يمكن المناقشه فى صدق عنوان الوقف و بقائه بالنسبه إلى بعض مراتب الخراب كما سيأتى تفصيلها فى طىّ البحث إن شاء اللّه تعالى.

حكم بيع الوقف

إذا عرفت ذلك فنقول: ينبغى البحث أوّلا- فى ما يقتضيه طبع الوقف، و أن ارتكاز الواقف أىّ شى ء يكون حين الوقف؟ و الاحتمالات فيه ثلاثه أو أربعه:

فإمّا أن يكون نظره إلى حبس العين بماليّتها ما دامت باقيه بلا نظر إلى خصوصيّه العين بحيث يكون مقتضى طبعه الانتفاع من ماليّتها.

و إمّا أن يكون نظره منبسطا على الأمرين على نحو الضمنيّه بلا قصر على أحدهما.

ثمّ على كلّ من هذين التقديرين. إمّا أن يكون منظور الواقف حبس العين بقول مطلق، بأن لا يتطرّق عليه قلب و انقلاب أصلا، أى و لو مع طروّ أىّ عنوان.

و إمّا أن لا- يكون كذلك؛ بل ارتكازه عدم طروّ القلب و الانقلاب ما دامت العين أو هى و الماليه تصلحان للبقاء، بمعنى أنّ معنى الحبس هو عدم اقتضاء

الأمرين فی الوقف بنفسه، کما یکون فی سائر الأموال بلا نظر إلی طروّ العناوین الأخر علیه.

ثم إنّه لا خفاء فی أنّ کلّ واحد من الاحتمالات یختلف بحسب اللوازم؛ إذ علی الأوّل یصیر مفاد الأدلّه الشرعیّه المانعه عن بیع الوقف و نحوه حکما تعبّدیا محضا و لیس فیه إمضاء؛ إذ المفروض قصر نظر الواقف إلی المالیّه فقط و حفظها فی أیّ صوره، فحینئذ الوقف من حیث نفسه لا مانع من نقل عینه و انتقالها اختیارا مع حفظ مالیّتها فی ضمن أیّ تشخّص أمکن، کما یکون لازم ذلک أیضا ورود البیع علی الوقف لا بطلانه فی الرتبه السابقه علیه، بل العنوان محفوظ و إنّما یبطل الوقف بعد ورود البیع علیه، و علیه یتمّ ما اختاره الشیخ قدّس سرّه فی مکاسبه فی المسأله (۱).

و علی الثانی؛ تصیر الأدلّه و قوله علیه السّلام: «لا تباع و لا تورث و لا توهب» (۲) .. إلی آخره، حکما إمضاء ورد علی ما علیه ارتکاز الواقف و لیس فیه إعمال تعبّد، و هکذا علیه یصحّ ما اختاره صاحب «الجواهر» قدّس سرّه من بطلان الوقف فی صوره جواز بیعه فی الرتبه السابقه علیه ثمّ یطرأ البیع علی العین (۳)؛ إذ علی هذا المبنی الوقف یباین جواز البیع ذاتا، فما لم یخرج عن عنوانه لا یصحّ بیعه.

ثمّ لا خفاء فی أنّه علی الاحتمالین الأخیرین یجری الأمران بعینهما مع اختلاف یسیر، حیث إنّه بناء علی أن یکون نظر الواقف أعلی درجات الحبس

۱- المکاسب: ۴/ ۸۶.

۲- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۸۶ الحدیث ۲۴۴۰۶.

۳- جواهر الکلام: ۲۸/ ۱۰۹ و ۱۱۰.

- بحيث يزاحم كلّ عنوان الأدلّه المانعه من البيع و غيره- يصير حكما إمضائيا، كما أنّه على الثانى بأن يكون نظره إلى مرتبه خاصّه من الحبس، و هى أنّه ما دامت العين قابله للبقاء أيضا ليست الأدلّه تعبديّه.

نعم؛ على الأوّل الأدلّه المرخّصه لجواز البيع فى بعض المقامات بطروّ بعض العناوين مطلقا تصير تعبديّه حاكمه على الأدلّه المانعه، و على الثانى يختلف من حيث العناوين، فمثل عنوان الخراب و ما يلحق به؛ فجواز البيع حينئذ من أحكام نفس الوقف و بيان لحقيقته و ليس تعبّد فى البين.

و أمّا مثل عنوان الأعوديّه و الأنفعيّه، و هكذا الاضطرار و حاجه الموقوف عليهم إلى البيع أو تأدّى بقاء الوقف إلى الخلف بين أربابه بحيث يوجب قتل النفوس و أمثاله من المفاسد، فهى أحكام تعبديّه من طرف الشارع ما تعلّق بها غرض الواقف أصلا، فلا بدّ أن يلتزم أنّ الشارع فى أمثال هذه الموارد من باب ولايته على الواقف و الموقوف عليهم لعلمه بالمصالح رخّص فى البيع، بناء على جوازه فيها.

ثمّ إنّه لا خفاء فى أنّ رفع المحذور فى الموارد المذكوره تاره يكون برفع اليد عن شخص الوقف مع بقاء ماليّته و تبديلها إلى مثله، و اخرى يتوقّف على إسقاطها و إتلافها أيضا، و ثالثه، يتوقّف على تبديل المماثل بغيره، و هكذا من المراتب الّتى يفرض، فالوقف إنّما يبطل بالنسبه إلى مرتبه يتوقّف رفع المحذور برفع اليد عنها و الدرجات اللاحقه الّتى كان الوقف يشملها ضمنا، باقيه على حالها، و لذلك لا يحتاج إلى عقد جديد أصلا، إذ المفروض أنّ البدل هو بعينه الوقف الأوّل مع تغيّر بعض عوارضه، و هى خصوصيّه العين فليس وقفا جديدا

حتّی یحتاج إلی أساس علی حده.

و بالجمله؛ فهکذا کلّه بالنسبه إلی عالم التصوّر، و أمّا تحقیق الأمر؛ فلمّا کان مرجع النزاع فی الحقیقه إلی أنّه نظر الواقف و ارتکازه هل یکون مقصورا إلی حبس العین بشخصها، أو هی و مالیّتها، بلا نظر إلی کونها مقدّمه للتسبیل أم لا، بل یکون مرکوزه حبس العین لأن یتسبّل ثمرتها، و تکون مقدّمه لانتفاع الموقوف علیه عنها؟

و من المعلوم وجدانا أنّ منظور الواقف هو الثانی، فیتعیّن من کلّ من الاحتمالین ثانیهما، أی لیس نظر الواقف مقصورا علی العین فقط، بل هی بما لها من المالیّه، کما أنّ المتبادر منه أنّ الوقف إنّما یکون ما دامت العین قابله للبقاء، و أنّه فی نفسه لیس فیه مقتضی القلب و الانقلاب لا مطلقا، أی و لو مع طروّ کلّ عنوان علیه.

ضروره؛ أنّ الثانی ینافی کون الوقف مقدّمه لتسبیل الثمره حسبما هو الارتکاز، بل مفاد الأدلّه (۱) أیضا، فعلی هذا یصیر مفاد الأدلّه المانعه عن بیع الوقف حکما إمضائیّا: و بیانا لحقیقه الوقف، کما هو ظاهر قول علیّ علیه السّلام فی وقفه: «صدقه لا تباع و لا توهب» (۲) .. إلی آخره، و أنّه بنوعه لا مقتضی فیه للبیع و غیره من أنواع النقل، و أیضا ظاهره الإجراء علی ما هو مرتکز الواقف من أنّه لا قلب و انقلاب فیه ما دام الوقف قابلا للبقاء، و لیس للأدلّه الشرعیّه أزید من ذلک دلاله حتّی یعارض جواز بیعه عند طروّ العناوین المجوّزه له فتأمل!

۱- حیث تقول: حبّس الأصل و سبّل الثمره، «منه رحمه اللّه».

۲- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۸۷ الحدیث ۲۴۴۰۸.

نعم، قد أشرنا إلى أنّه عليه أيضا لا يجوز بيع الوقف إلّا إذا خرب أو نقصت منافعه بحيث يلحق بالعدم إمّا بنفسه أو لخلف بين أربابه، و أمّا فی غیر هذه الصوره (۱) من العناوین، فالبیع یکون خلاف مقتضی طبع الوقف بل الأدلّه الشرعیّه أیضا، و یحتاج إلی دلیل خاص حاکم أو عامّ کذلک، کما یمکن أن یدّعی بوجوده فی مثل ما إذا کان الوقف یزاحم تلف النفوس أو هتک الأعراض، بل تلف الأموال الکثیره أیضا مع إشکال فیه، حیث إنّ الظاهر أنّ الشارع رجّح حفظ هذه الامور علی کلّ شی ء و یری مصلحتها أهمّ من مفسده بیع الوقف، و سائر المحاذیر.

ثم إنّ هذا کلّه مقتضی القواعد الأوّلیّه؛ علی ما هو التحقیق من أنّ حقیقه الوقف هو التحبیس و الإیقاف، و لیس فیه تملیک، بل علیه أیضا- بناء علی أن یکون حبسا- یفید التملیک، فهو لا یختلف أیضا مع الإیقاف فی ما ذکر.

و أمّا بناء علی کونها تملیکا محضا للطبقات فقد یقال أیضا: مقتضاه ما ذکر؛ إذ المفروض أنّ التملیک لیس للموجودین فقط، بل لهم و لما یلحقهم من الطبقات، فالحقّ لجمیعها فلا سلطنه للطبقه السابقه حتّی یکون له القلب و الانقلاب و لو کان مالکا له.

و فیه: أنّه علی هذا لا بدّ و أن یکون للولیّ العامّ ذلک، حیث إنّ الحاکم کما أنّه ولیّ علی الغائب و کلّ قاصر، کذلک له الولایه علی المعدومین، فلا بدّ أن

۱- حتّی الشرط- أی اشتراط بیع الوقف الحاجه إلیه- حیث إنّ الشرط إنّما یؤثّر إذا لم یکن فی البین مؤثّر و مقتض یضادّه فی الرتبه السابقه، و قد ظهر أنّ مقتضی طبع الوقف و ما هو الظاهر من الأدلّه جواز بیعه مطلقا، فتأمّل! «منه رحمه اللّه».

يجوز له القلب و انقلاب الوقف مع الموقوف عليهم الموجودين إلى ما يكون أعود و أنفع، و كذلك عند اضطرار الموقوف عليهم و نحوه من مقتضيات التغيير، إذ المفروض أنّ عدم جواز القلب و الانقلاب ليس بنقص فى العين الموقوف، بل هو ملك لهم و إنّما المنع من جهه قصور سلطنه الموجودين و تعلّق حقّ البطون اللاحقه بها، و إذا [كان] لهم ولىّ فى البين فيرتفع المحذور من جهته أيضا.

نعم؛ لو لم يكن الحاكم و انتهت النوبه إلى ولايه عدول المؤمنين، يمكن منع ذلك، حيث إنّ ولايتهم مقصوره على الامور الحسبيّه و هى الّتى يقطع بعدم رضا الشارع على تعطيلها، و الموارد المذكوره الّتى محلّ النقص ليست منها.

و بالجمله؛ فعلى المبنى المذكور يترتّب عليه ما عرفت من الفساد، فهو يختلف من هذه الجهه أيضا، مع المسلكين الأوّلين، فتأمّل!

مقتضى قواعد الباب فى بيع الوقف

ثمّ إنّ ما ذكرنا من عدم جواز بيع الوقف حسبما تقتضيه قواعد الباب إلّا فى صوره خرابه و ما يلحق به، هل يعمّ بدله أيضا فيما إذا بدّل، أم لا، بل مخصوص بنفس العين الموقوفه أوّلا، و إلّا فبالنسبه إلى بدلها يجوز القلب و الانقلاب فيها بالتبديل بالأحسن و نحوه؟

الأقوى؛ اختصاص الحكم بنفس العين الموقوفه أوّلا، و ذلك لأنّ الحكم الّذى بنينا عليه إنّما استفدناه من عقد الوقف، و أنّ مقتضى لفظه من حيث ارتكاز الواقف بقاء العين مطلقا ما دامت قابله له، إلّا أن تصل إلى درجه التلف أو تنقص منافعه بحيث لا يعدّ عند العرف أنّه منافع الوقف، و لا يصدق أنّها الثمره الّتى

سبّلها الواقف، و من المعلوم أنّ ذلک مقصور علی العین، و أمّا بدلها فلا؛ حیث إنّ اللفظ لا یشمله، و الالتزام به و جعله وقفا من جهه تعلّق غرض الواقف بحفظ مالیّتها.

و بعباره اخری؛ صیروره البدل وقفا لاستکشاف المناط و غرض الواقف، فلیس فی البین لفظ یکون مقتضاه المنع عن القلب و انقلاب البدل کما بالنسبه إلی المبدل منه.

فعلی هذا؛ لا مانع فی البدل من جواز التصرّفات فیه ما لم ینته إلی تلفه فیلزم نقض غرض (۱) الواقف هکذا أفاد دام ظلّه.

و لکن للتأمّل فیه مجال حسبما أفاد سابقا فی تقریب صیروره البدل بنفسه وقفا بلا احتیاج إلی عقد جدید، مع أنّ الّذی أفاد هنا خلاف الاحتیاط، و المسأله تحتاج إلی المراجعه، و اللّه العالم.

هذا کلّه؛ حسبما تقتضیه قواعد الباب و الأدلّه العامّه، و أمّا الأخبار الخاصّه الّتی قد یتوهّم دلالتها علی خلاف ما تقتضیه القواعد، و أنّه یجوز بیع الوقف فی الموارد الاخر غیر ما تقدّم، کما إذا احتاج الموقوف علیه إلی بیعه و نحوه، فالإنصاف أنّها قاصره عن إثباته.

و الخروج عما یقتضیه الأصل و القواعد لأحد الامور الثلاثه: من جهه ضعف السند، أو الدلاله، أو کلیهما، و قد أورد فی «الجواهر» قدّس سرّه فی بحث بیع

۱- کان تأریخ تحریر هذه الورقه عصر یوم الثالث عشر من ذی القعده و اشتدّ مرض والدتی حینئذ فماتت غدا قریب الساعه الثامنه من النهار فی النجف الأشرف رحمها اللّه و إیّانا، «منه رحمه اللّه».

الوقف جمیع ما یصلح أن یتمسّک بها للخروج عن الأصل المذکور (۱)، فراجع و تأمّل فیها! فهی بین ما هو ضعیف سندا من حیث إعراض الأصحاب، و إن کان من حیث الدلاله واضحه، کالخبر المشتمل علی وقف علیّ علیه السّلام و جعل أمره بید ولده الحسن علیه السّلام و أنّ له أن یبیعه إذا احتاج إلیه (۲) فإنّ الظاهر أنّه غیر معمول به.

و بین ما هو غیر واضح الدلاله، کما یکون کذلک مکاتبه علیّ بن مهزیار (۳)، حیث إنّه لم یتّضح أن یکون السؤال ناظرا إلی صوره تمام الوقف من حیث القبض و نحوه، و هکذا من طرف الجواب فیمکن أن یکون کلاهما ناظرا إلی بیان حال الوقف قبل لزومه.

و مثله البعض الآخر؛ مع احتمال أن یکون أصل إطلاق لفظ الوقف فی جمله منها مجازا عنی به الوصیّه لمشابهتهما (۴) من حیث الإخراج لزوما، کما لا یبعد أن یکون فی اصطلاح العرف العامّ و إطلاقاتهم کذلک.

و بین ما هو جامع الجهتین، کما یظهر للمتأمّل فیها.

فعلی هذا؛ لا ینبغی الخروج عن الأصل المذکور لفقد الدلیل، مضافا إلی کونه خلاف الاحتیاط الّذی هو سبیل النجاه، و اللّه العالم، و الهادی إلی سبیل الرشاد.

هذه جمله من الکلام فی جهات باب الوقف، و قد منعنی تشتّت البال و ضیق المجال عن استیفاء تمام إفاداته- مدّ ظله- فی هذا المبحث، أرجو من اللّه

۱- جواهر الکلام: ۲۸/ ۱۰۹- ۱۱۲.

۲- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۹۹ الحدیث ۲۴۴۲۶.

۳- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۸۰ الحدیث ۲۴۳۹۷.

۴- انظر! وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۸۸ الحدیث ۲۴۴۱۰.

التوفيق و الرشاد لاحتواء سائر إفاداته فى سائر الأبواب، بمحمّد و آله الأمجاد، و كان اختتام ذلك فى العشر الآخر من ذى القعده الحرام سنه ۱۳۴۷ فى النجف الأشرف على ساكنها ألف الصلاه و السلام.

رساله الإجاره

اشاره

بسم اللّه خير الأسماء

التنازع بين المؤجر و المستأجر

الكلام فى التنازع فى الإجاره بعد تسليم أصل الإجاره يتوقّف على بيان تصوير أقسامه، فنقول: فى مورد النزاع إمّا أن تكون الإجاره متّحده أو متعدّده.

فعلى الأوّل؛ لا بدّ أن يكون الشى ء المستأجر متعدّدا فإمّا أن يكون الأقلّ و الأكثر، أو يكون مورد الإجاره متباينين، كأن يقول: آجرتك الدار بمائه درهم، فيقول: بل استاجرت ذلك الثوب معها بمائه درهم.

أو يقول فى دعوى الإيجاب المذكور: بل استأجرت تلك الدار غير ما تدّعيه بمائه درهم.

و على الثانى؛ إمّا أن يكون من قبيل الأقلّ و الأكثر، أو من قبيل المتباينين، و على كلّ منهما، إمّا أن يكون الشى ء المستأجر متّحدا- أى مسلّم الاتّحاد- أو متعدّدا، أى النزاع واقع فيه أيضا، كما هو واقع فى الأجره.

فالصور أربع، مضافا إلى الصورتين المذكورتين، فمجموعها ستّ.

و على فرض التعدّد من الطرفين، إمّا أن تكون الاجرتان إذا كانتا من قبيل الأقلّ و الأكثر بطريق التوزيع على الشيئين المتنازع فى كونهما موردا لها، أو لا يكون كذلك.

فإذا كانت الاجره المتعدّده من قبيل الأقلّ و الأكثر، و المستأجر- بالفتح-

متّحدا، كأن يقول: آجرتک هذه الدار بمائه درهم، فيقول: بل بخمسين درهما، أو كانت الاجره من قبيل المتباينين، و المستأجر كالسابق، كأن يقول: آجرتک الدار بمائه درهم، فيقول: بل بمائه دينار، أو بخمسين دينارا، فإنّ الاعتبار بالمتعلّق لا بنفس العدد.

و أمّا إذا كانت الاجره المتعدّده من قبيل الأوّل، و الشى ء المستأجر متعدّدا، فإمّا أن يكون من قبيل الأقلّ و الأكثر، مثل أن يقول: آجرتک هذه الدار بمائه درهم، فيقول: بل استأجرت هاتين الدارين بمائه و خمسين درهما.

و إمّا أن يكون من قبيل المتباينين؛ مثل أن يقول: آجرتک هذه الدار بخمسين درهما، فيقول: بل هذه الدار غير ما تدّعيه بمائه درهم، أو بالعكس فى طرف الاجره، و إن كانت الاجره المتعدّده من قبيل المتباينين، فالشى ء المستأجر المتعدّد كذلک، إمّا أن يكون من مثل الاجره، مثل أن يقول: آجرتک هذه الدار بمائه درهم، فيقول: بل هذا الثوب بمائه دينار [أو] غيرها، بل يكون من قبيل الأقلّ و الأكثر، مثل أن يقول: آجرتک هذه الدار بمائه درهم، فيقول: بل هذه و هذه بمائه دينار.

ففى جميع صور التباين؛ سواء كان فى الطرفين أو فى طرف واحد، فالحكم هو التخالف، لعدم اتّفاقها على أمر جامع، إذ حصول الاتّفاق على طرف كالعوض، مع الاختلاف فى الطرف الآخر غير مفيد فى سقوط الدعوى من طرف.

و فى غيرها يتوجّه الحلف على المنكر بالنسبه إلى الزائد، و لا يسقط شى ء من الاجره لو كان الاختلاف فى طرف الشى ء المستأجر، فسقوط الزائد

لاتّفاقهما على استحقاق المؤجر إيّاه أجمع و انتقالها إليه.

و كذا لا تسقط من إجاره العين المستأجره لو كان الاختلاف فى الاجره إلّا فى صوره كون الاجره و العين متعدّدتين مطلقا، فإنّ الحكم هنا التحالف أيضا مع احتمال التفصيل على ما حكى عن العلّامه (۱) بل رأيناه فى «قواعده» (۲) بين صورتى التوزيع، فالحلف لاجتماعهما على أمر جامع و عدمه، فالتحالف لو كان النزاع فى المدّه زياده و نقصانا مع كون الاجره متّحده أو متعدّده، فافهم!

و ضابطه التحالف إن كان مورد النزاع أمرا واحدا ذا جهتين يترتّب على كلّ منهما أثر مالى أو عرضىّ أو حقّ، كالعقد على الثوب أو الجاريه، و أمّا إن كان مورد النزاع أمرين مختلفين، فهنا توجّهت الدعويان، كما لو ادّعى عليه عبد أو ادّعت عليه جاريه من غير أن يكون النزاع فى العقد.

ثمّ اعلم! أنّ الحكم المذكور فى صوره كون الاجره من قبيل الأقلّ و الأكثر مع عدم التباين فى الطرف الآخر من كون القول قول منكر الزياده بيمينه إنّما هو إذا كانتا كلتاهما مضمونتين.

و أمّا لو كانتا متعيّنتين فالحكم التحالف، و إن كان أقلّ و أكثر، لعدم اتّفاقهما على أمر جامع لتشخّص العقد بتشخّص المتعلّق.

و كذا الكلام فى العين المستأجره؛ فإنّها لو كانت مضمونه و كان مورد النزاع منها أقلّ و أكثر فالحلف بوجود قدر جامع.

۱- حكاه عنه فى الحدائق الناضره: ۲۱/ ۶۳۹.

۲- قواعد الأحكام: ۱/ ۲۳۶ و ۲۳۷.

و أمّا إن كانتا متعيّنتين فالتحالف، و فى بعض تحقيقات العلّامه رحمه اللّه (۱): أنّ ما ذكرنا من أحكام صور الأقلّ و الأكثر من الحلف لا التحالف، إنّما هو إذا كان الغرض من النزاع هو المال، أمّا لو كان محلّ النزاع نفس العقدين و الغرض ترتيب آثار كلّ من العقدين غير مسأله الاجره أو العين المستأجره، كما لو كان العقد المتشخّص بالاجره الّتى يدّعيها أحدهما مشروطا فى عقد آخر، فالغرض هنا إثبات الخيار بالنسبه إلى العقد المشروط و نفيه.

فلا يقال: إنّ القول هنا قول منكر الزياده، كما لا يخفى.

ثمّ لمّا كان فى الغالب العين المستأجره فى الإجاره كونها متعيّنه و النزاع مالىّ؛ أطلقوا الحكم، لكون القول قول المالك، كما أنّ الغالب لمّا كان فى طرف الاجره كونها فى الذمّه أطلقوا الحكم بكون القول قول المستأجر فى نفى الزياده، و لو كانت الإجاره بالنسبه إلى العين مضمونه، أو كانت الاجرتان المتنازع فيهما متعيّنتين انعكس الحكم فى المقامين.

موارد القرعه عند التنازع بين المؤجر و المستأجر

و لمّا ذكر فى المقام فى بعض صور المسأله بالقرعه، فلا بدّ من بيان موردها حتّى يعلم وجه ترجيحها عند القائل بها و عدمه عند الجماعه (۲).

فنقول: إنّ القرعه لبيان موضوع الحكم، أو لتعيين الأماره، أو لترجيح إحدى الأمارتين.

۱- تذكره الفقهاء: ۲/ ۳۳۰ ط. ق.

۲- لاحظ! الحدائق الناضره: ۲۱/ ۶۳۷ و ۶۳۸.

فالأوّل: مثل القرعه فی تعیین المطلّقه، و تعیین العین الموصی بها، لتردّدها بین اثنتین أو أزید، کما لو أوصی بعتق ثلث عبیده أو عدد منهم.

و الثانی: مثل ما ذکروا فی تعیین ذی الید فیما لو تنازعا فی سقف البیت.

و الثالث: مثل ما ذکروا من تعارض البیّنتین بعد عدم المرجّح من الأعدلیّه و الأکثریّه، فلعلّ نظر القائل بالقرعه فی مسأله التنازع فی قدر الاجره و أنّه من خرج اسمه حلف، إلی أنّ قول کلّ منهما مخالف للأصل فلا بدّ من تعیین المنکر، و فیه نظر.

و الحاصل؛ أنّ القضاء شرّع لإقامه المعروف، فإنّه من أفراد الأمر بالمعروف، و لدفع النزاع و انتظام العالم، و ذلک یتحقّق بإثبات المطلب و الواقع إمّا واقعا أو تعبّدا و بحکم الشارع کالبیّنه و القرعه، فتأمّل!

و إمّا أن تفصل الخصومه بالیمین، و لذلک عمل الأصحاب فی بعض الموارد بما یقتضی رفع النزاع و الخصومات، و إن کان أمرا استحسانیّا کمسأله تخلید المدّعی للتلف فی الحبس لو لم یقبل قوله فی دعواه، و مسأله الودیعه حیث حکم بقبول قول المدّعی للردّ، لکون الودیعه مبنیّه علی الإخفاء.

فلذا لو لم یشهد فی الردّ [إلی] الوکیل فی الودیعه لمال شخص عند آخر لم یضمن، و لذا لو أنکرها من غیر الودعی مع سؤال الودعیّ عنه لم یضمن، مع أنّ الإنکار من أسباب الضمان لصیروره المنکر بذلک خائنا (۱).

۱- لاحظ! الحدائق الناضره: ۲۱/ ۴۵۸.

رساله الوکاله

اشاره

بسم اللّه تعالی

أقسام الوكاله

اعلم! أنّ العقود إمّا تمليكيّه أو غير تمليكيّه.

و الأوّل إمّا معاوضیّه، أو شبه معاوضیّه، بأن كان فيها شائبه عباده، بمعنى أن يكون الحقّ فيها بحيث يورد (۱) المتعاوضين، و لذا لا تقبل التقايل كالنكاح، فإنّ فيه حقّا لغير المتعاقدين، أعنى للّه، و هو أمر النسب، و لذا لو تصادقا على عدم النكاح بعد الإقرار لم يسمع و لا يرتفع النسب، بخلاف المال، أو غير معاوضيّه، مجانيّه أو لابشرطيّه، كالقرض!

و المعاوضيّه إمّا لازمه أو جائزه.

قيل: و كذا الثانيه، كالخلع و المباراه، لا كالنكاح المشروط فيه بعض الامور الموجب تخلّفها للخيار، إلّا أنّ جواز الرجوع حكم شرعى غير موجب لكونها جائزه، فتأمّل!

و العقود الغير التمليكيّه إمّا إذنيّه، و إمّا مثبته للحقّ، كالرهن و العاريه، و الاهتمام فى الألفاظ فى العقود التمليكيّه المعاوضيّه الشبيهه بالعباده أكثر منها من غير الشبيهه لها و مطلق، و المعاوضيّه أكثر من غيرها، و مطلق التمليكيّه أكثر من غيرها، و المثبته للحقّ من غيرها أكثر من الإذنيّه.

۱- كذا فى النسخه.

و أحسن العقود الإذنيّه الوكاله، لعدم كفايه الفعل أو الإشاره مع عدم العجز فی إیجاب عقد من العقود مطلقا غيرها، و نعنى بالاهتمام المذكور بالألفاظ من حيث الصراحه و الفوريّه و الفعليّه أو الاسميّه، و أمّا التعليق فمبطل فى العقود مطلقا، لعموم دليله على ما حقّق فی محلّه.

نعم؛ فی كلّ عقد مبناه و حقيقته على التعليق، كالوصيّه صحّ التعليق فيه، كما أنّ كلّ شرط يشترط فی العقود مطلقا فی غير العقود الّتی مبناها على خلاف ذلک الشرط، کالسکنی و العمری بالنسبه إلى المدّه المجهوله المضروبه فيها، و کالثمار فی بيعها حيث جاز مطلقا أو على بعض الوجوه.

و سيأتی دليل بطلان التعليق فيها.

اشتراط فوريّه القبول فی الوكاله و عدمها

و اعلم! أنّه ذكروا فی الوكاله عدم اشتراط الفوريّه معلّلا ـ بأنّ حكمه جعلها هو تسهيل الامور للغائبين فی قضاء وطرهم بها، فاعتبارها فيها مناف لأصل الحكمه، كما أنّ مفاد الوصيّه هو التمليک الحاصل بعد الموت، فبطلان صحّه الإيجاب التأهليّه به مخالف لوضعها و إن كان مبطلا للصحيح التأهّلی، و الإيجاب قبل القبول كذلک، و هذا مع قول المحقّق و الشهيد الأوّلين فی بيان عدم اشتراطها، فإنّ الغائب يوكّل (۱)، فلا دور و لا مناقشه كما توهّم، فافهم!

و هل يشترط فی الوكاله عدم ردّ القابل للإيجاب؟ الأقوى نعم، لأنّ أثر العقد تابع لتحقّقه، و الإيجاب قبل القبول صحيح تأهّلی يبطل تأهّله بالردّ، إذ

۱- المختصر النافع: ۱۷۸، اللمعه الدمشقيّه: ۹۷.

معنى التأهّل كونه بحيث لو تعقّبه القبول لأثّر، و لو تعقّبه الردّ بطل، فمع الردّ لا عقد، كما لا يخفى، فكيف لو ردّ بعد القبول، و أمّا جواز القبول بعد الردّ فى حياه الموصى فلما مرّ من كون وضع الوصيّه على التمليك بعد الموت، و المتأخّر لم يقع بعد، و هذا على القول باعتبار تأخّر القبول عن الحياه، فلا اعتبار لردّه السابق.

أمّا على تقدير جواز تقديمه فى حال الحياه، فينبغى القول بمثل الوكاله من تأثير الردّ كالهبه، فيبطل الإيجاب السابق، و لو قبل بعد الحياه.

و لو قيل: إنّ عدم اشتراط المقارنه فى الوصيّه اتّفاقا مانع هناك بخلاف الهبه، قلنا مثل ذلك فى الوكاله.

و الحاصل؛ أنّ الوكاله و الهبه و الوصيّه و غيرها سواء فى بطلان الإيجاب بالردّ لو قلنا بجواز تقديم القبول على الوفاه، كما هو مذهب الشهيد الأوّل (۱).

و أمّا على القول فى الوصيّه باشتراط مقارنته للوفاه فعدم تأثير الردّ متوجّه، لأنّ الإيجاب فيها يتعلّق بعد الوفاه، فلو قبل قبله لم يطابق الإيجاب، فلا أثر لردّه و ليس هذا الاحتمال فى غيرها، فالقول ببطلان الأثر العقدى متّجه، و لذا قيل فى انتقال حقّ القبول إلى الوارث مطلقا بأنّ ذلك للنصّ (۲)، و لولاه لما تمّ؛ لأنّه فى صوره عدم موت الموصى قبل الموصى له يمكن القول بذلك؛ لما ذكر فى تعليل المشهور لاشتراط القبول بعد الوفاه.

و أمّا لو مات الموصى له بعد موت الموصى و لم يقبل بعد، فقد بطل صحّه

۱- اللمعه الدمشقيّه: ۹۷ و ۱۰۴، الدروس الشرعيّه: ۲/ ۲۸۵ و ۲۸۶ و ۳۲۶.

۲- وسائل الشيعه: ۱۹/ ۳۳۳ الحديث ۲۴۷۱۶، لاحظ! الحدائق الناضره: ۲۲/ ۳۹۵.

الإيجاب التأهليّه بموت الموصى له، و ليس موته مثل موت الموصى محقّقا لموضوع الوصيّه، فافهم!

و القول المذكور هو المشهور، و إن كان الأقوى هو التفصيل بين ما لو تعلّق غرضه بشخص الموصى له و عدمه، وفاقا لثانى الشهيدين (۱)، خصوصا لو كان موته بعد موت الموصى، لإمكان القول بأنّ سكوت الموصى مع علمه بموته إمضاء لوصيّته بالنسبه إلى الوارث أو قرينه على عدم تعلّق غرضه بشخص، فافهم.

و أمّا جواز التصرّف بالعقد السابق، فلكفايه كلّ كاشف للإذن فى جواز التصرّف، بل العلم به كاف، بخلاف العقود.

نعم؛ فى إيقاع العقد يكفى العلم بالرضا به، لا بالنسبه إلى أثر العقد، فلا يجوز البيع و الإقراض بالعلم برضاه، و يجوز إيقاع عقدهما به، فتدبّر!

فلو لم يحصل من الإيجاب السابق إذن، و حصل بشاهد الحال، كفى، و هذا نظير الإذن الحاصل فى الوكاله الباطله، فإنّ الإذن ليس إلّا من جهه كفايه الكاشف الفاسد لحصول المناط.

و كذا المضاربه الفاسده و غيرها، لأنّ حقيقه الوكاله هى الاستنابه فى التصرّف المستلزم لجوازه، فالإذن الحاصل فيها حاصل فى ضمن الاستنابه و ليس استنابه و إذن.

و كذا فى القراض، بل حقيقتها لغيرها ليست إلّا أمرا مستلزما للإذن، فمتى بطلت الاستنابه بطل الإذن الحاصل فى ضمنها، و الفصل محصّل للجنس، و كيف

۱- مسالك الإفهام: ۶/ ۱۲۹.

یبقی بدونه و لیس ذلک مثل مشخّصات زید الّتی لا یوجب ذهابها ذهاب الإنسانیّه أو لیست المشخّصات محصّله لها، مع أنّ ذلک أیضا غیر معقول، کما لا یخفی، فتأمّل!

و لکن ذلک العقد الباطل بالنسبه إلی الاستنابه، کاشف عن الإذن.

وکاله المتبرّع

نعم؛ بالنسبه إلی الودیعه المنضمّه لها فی الوکاله و القراض لیست حقیقتهما جنسا، و لذا لو تعدّی فیهما ضمن، مع عدم بطلانهما، قال المحقّق فی «المختصر»: (و لا حکم لوکاله المتبرّع) (۱).

أقول: أی و لا- أثر للوکاله لو تبرّع الوکیل فی وکالته، و هذا ردّ علی العامّه حیث جوّزوا أن یتوکّل متبرّع عن الغائب فی الخصومات حسبه، بیان ذلک أنّهم یقولون: إنّ الامور الشرعیّه علی ثلاثه أقسام:

قسم؛ أراد الشارع حصوله من مباشر معیّن بحیث لا تترتّب الآثار المختصّه به إلّا مع صدورها من مباشر معیّن کالصلاه و الطهاره.

و قسم؛ أراد حصوله من المکلّف أو من نائبه سابقا أو لاحقا لتشمل الإجازه بصیروره الفضولی بها وکیلا بحیث یترتّب الأثر الشرعی علی حصوله منه أو من نائبه، و ذلک کالبیع و غیره من العقود القابله للنیابه، فإنّ رضی المالک معتبر فی ترتیب آثارها فمتی حصل [یترتّب الأثر الشرعی علیه]، سواء قام بها بنفسه أو بنائبه.

۱- المختصر النافع: ۱۷۸.

و قسم؛ أراد الشارع حصوله فی الخارج بأیّ نحو کان و رتّب الأثر الشرعی علیه، و ذلک کإزاله النجاسه عن الثوب أو البدن، کما أنّ حصول الحرج أو التهمه موجب لنقض الحکم، سواء قام بهما المدّعی علیه أو غیره، و لو بغیر إذنه، أو علم الحاکم بنفسه.

فکذا قیام الغیر بالنسبه إلی استماع بیّنه المدّعی و جرحها و غیرهما، إذ المقصود ثبوت الحقّ و إبطال الباطل بالبیّنه أو الیمین حیث أمکنت کالمردوده، کما یجوز للحاکم ذلک بطلب المدّعی مع غیبه المدّعی، و الحکم مع إبقاء الحجّه للغائب، فالوکیل المتبرّع إذا استمع حسبه تسقط حجّته، کما یجوز ذلک فی بعض الامور الحسبیّه، کحفظ مال الیتیم.

فذکر المحقّق أنّ تلک الوکاله لا أثر لها (۱).

و بیان ذلک؛ أنّ الوکیل إمّا أن یتوکّل فی إتمام حکم المدّعی أو فی رفع دعواه، و حکم الحاکم فإن کان فی استماع الدعوی و إتمام حکمه کما کان للحاکم نفسه ذلک، فلا یسقط ذلک حجّه الغائب، کما لا یخفی. مع وجود التهمه، مع عدم اطّلاع الغائب فی کونه وکیلا.

و إن کان فی رفع الحکم- کما هو الظاهر من کلماتهم کما قیل- فهو مبنیّ علی أنّه هل یجوز للحاکم مطالبه المدّعی أو المنکر بالبیّنه أو الیمین مع عدم مطالبه المقابل حیث کان عالما بوجوب البیّنه أو الیمین لأنّ ذلک وظیفته، أم لا لانحصار الحقّ له، فلیس له التبرّع؛ لاتّهامه لو فعل مع عدم المطالبه؟

۱- مرّ آنفا.

و لعلّ هذا أقوى وفاقا لجماعه، كالعلّامه و غيره (۱).

فإن قلنا بـذلك، فلا يجوز له اسـتماع ما يقيمه الوكيل المتبرّع من الجرح أو البيّنه لكون ذلك حقّا للمدّعى عليه و لم يطالب، فلم يمكن الحكم، فتدبّر!

و إن قلنـا بنقيض ذلك، فلا نقول به فى الجرح، لكونه هتكا لحرمه المؤمن الغير الجائز أو مطالب لماليّه المـدّعى المثبته للحقّ أو المردوده بالنسبه إلى غير ذى الحقّ.

نعم؛ لو قام الوكيل بأمر لو حصل من المدّعى عليه أو الوكيل كالشـركه لتهمه مثلا جاز، لكن هذا لا ربط له بالوكاله، و لا يسقط حجّه الغائب فى نفى حجّه لو صدر الحكم بها، فلا أثر للوكاله التبرعيّه مطلقا عنه.

تعليق الوكاله و تنجيزها

قالوا: و يجوز تنجيز الوكاله و تعليق التصرّف إلى أمد (۲).

الفرق بين التعليق فى الوكاله و التعليق فى التصـرّف؛ أنّ النيابه فى الأوّل بعـد العقد و قبل حصول المعلّق عليه غير حاصـله بعد، و فى الثانى هى حاصله بعده و قبله، و لكنّ الإذن فى التصرّف غير حاصل و يختلف بالتعبير، فلو قال:

وكّلتك فى بيع دارى؛ فالبطلان، و لو قال: وكّلتك فى بيع دارى غدا؛ فالصحّه.

نعم؛ لو شـرط أو نهى عن التصـرّف دائما بطلب الوكاله، لاشتراطها لما ينافى مقتضاها، كما لو شـرط فى البيع عـدم التصـرّف فى الجمله أو دائما [فيبطل]،

۱- تذكره الفقهاء: ۲/ ۱۱۴ و ۱۱۵ ط. ق، شرائع الإسلام: ۲/ ۱۹۳، الحدائق الناضره: ۲۲/ ۱۰.

۲- المختصر النافع: ۱۷۸.

فقد اتّضح الفرق بين التعليقين، فدعوى كون تعليق التصرّف فى معنى تعليق الوكاله غير واضحه، بل الواضح خلافها.

فكما أنّ عـدم جواز التصـرّف فى بعض الأوقات قـد يكون لمنع شـرعىّ منه، أو لعدم قابليّه المتعلّق للتصـرّف حال العقد، كما لو وكّل المفلّس فى بيع متاعه بعـد زوال الحجر أو وكّل رجلا جنبا فى إيقاع عقـد فى المسـجد، أو إدخال شـى ء فيه، أو وكّل فى طلاق امرأته الحائض، و لا يمنع ذلك من جواز الوكاله، كذلك لو أذن و علّق التصـرّف على وقت أو حصول شـرط، و لم يدلّ دليـل اشتراط التنجّز فى العقود على اشتراطه فى مطلق الإـذن، إذ هو إمّـا الإجماع، فهو ظاهر، و إمّا ما ذكره جماعه من المحقّقين كالشـيخ صـاحب «الجواهر» من أنّه كما لا يجوز التعليق فى الأسـباب العقليّه و العاديّه، كأن يقال: النار محرقه إن جاء زيـد، و إلّا لزم خروج السـبب و العلّه عن السـببيّه و العلّيّه، بل يكون هو مع الشـرط سـببا، كذلك الأسـباب الشـرعيّه، و إن كانت معرّفات لو كانت معلّقه (۱).

فإن قلنا بترتّب آثارها الشـرعيّه قبل حصول المعلّق عليه فلا أثر للتعليق، و إن رتّب الآثار بعد حصوله فقد خرج السبب عن السببيّه و المعرّفيّه، إذ هو مع حصول غيره صار سببا و معرّفا.

مثلاـ قولك: إن جاء زيـد أو طلع الشـمس فقـد بعته، البيع و المجى ء أو الطلوع سـبب للنقل لا نفس البيع، مع عـدم جعل الشارع سببا له إلّا البيع.

و إلى هذا أشار الشهيد الثانى فى مسأله كاشفيّه الإجازه لا ناقليّتها أنّ

۱- لاحظ! جواهر الكلام: ۳۲/ ۷۸- ۸۱.

الشارع جعل العقد سببا (۱).

فلو قلنا بعدم حصول النقل إلّا بعد حصولها، لزم خروج السبب عن کونه سببا.

نعم؛ لو شرط الشارع أمرا فی حصول النقل کالقبض فی الصرف و الهبه و الوقف، لم یکن العقد بنفسه سببا، بخلاف الإجازه، و کان هذا هو السرّ فی ما ذکره جماعه من کون الإجازه شرطا للّزوم، مع قولهم بأنّ مثل القبض شرط فی الصحّه و إن کان ترتیب آثار الصحّه فی زمان الإجازه من زمان الإجازه.

و أمّا التمسّک ب «الناس مسلّطون علی أموالهم» (۲) و حلّیّه مال امرئ (۳) فی جواز العقد التعلیقی بعد تخصیصها بالعقود الّتی هی سبب النقل لا جریانها مطلقا- کما هو ظاهر- فغیر صحیح جدّا، إذ مجرّد ذلک غیر مجد و إلّا لجاز التملیک بغیرها، و لذا قالوا: إنّ التعلیق علی أمر معلّق علیه العقد عند الشارع غیر مضرّ، لکون العقد مع ذلک المعلّق علیه مؤثّرا فی الواقع، و کذا لا یضرّ فی العبادات تعلیقها علی ما هو شرط فیها عند الشارع، کأن یشترط فی نیّه الصلاه عدم الحیض أو الحیاه أو عدم الجنون، لعدم منافاتها للجزم فی النیّه.

و أمّا التعلیل بعدم حصول الرضا عند حصول المعلّق علیه، و حصولها بمضمون العقد عنده غیر مجد، فکلام ظاهر، إذ الرضا فی التعلّق بأمر مستقبل، و لو کان المعلّق علیه مشکوک الحصول عند العاقد حینه، متحقّق الوجود حال

۱- الروضه البهیّه: ۳/ ۲۲۹.

۲- عوالی اللآلی: ۱/ ۲۲۲ الحدیث ۹۹.

۳- عوالی اللآلی: ۳/ ۴۷۳ الحدیث ۳.

العقد، لم یصحّ أیضا، لتخلیل قصد العاقد إلی أنّ العقد مع الشرط سبب، و لعدم الرضا منجّزا حاله، کما ذکره الشهید فی «قواعده» (۱)، فتأمّل!

و تمام الکلام فی باب البیع، و لیس هذا یقتضی بطلان تعلیق الإذن.

نعم؛ لو لم یکن الآذن مالکا للتصرّف حین العقد و أوجد الوکاله و إن نجزّها و علّق التصرّف علی زمان حصول التصرّف له بطلت الوکاله و الإذن، کما لو وکّل فی طلاق امرأه سینکحها، أو کان محرما، أو وکّل محرما أو محلّا فی شراء الصید، أو العقد بعد إحرام الموکّل، لعدم أهلیّه الموکّل للتوکیل.

کما لو وکّل العبد غیره فی التصرّف فی ماله بعد عتقه، لعدم أهلیّه الموکّل للتصرّف فی ما وکّل غیره بنفسه، أو بغیره أو وکّله فی بیع فاسد، فإنّه لا یملکه الوکیل، کما لم یکن الموکّل مالکا له، بخلاف ما لو وکّلت المرأه الحائض غیرها فی إیقاع عقد فی المسجد، لکونها مالکا له بغیره، و کما یمنع عدم أهلیّه الموکّل، کذلک یمنع عدم أهلیّه الوکیل، کما لو کان محرما أو وکّل فی عقد النکاح أو شراء العبید.

هذا؛ ثمّ إنّ الاستنابه علی قسمین:

قسم؛ یوجب الولایه للنائب، بعد سقوط ولایه الموکّل فی ما وکّله، فلا تثبت ولایته ما دام ولایه الموکّل کالإیصاء، فإنّ ولایه الموصی ما دامت ثابته لم تثبت ولایه الوصیّ و تسقط ولایته إذا مات و تثبت للوصیّ.

و قسم؛ توجبها له مع بقائها للموکّل، و ذلک فی وکاله الأحرار.

و أمّا استنابه العبید؛ فلیست إثبات الولایه، لا لعدم قابلیّتها لها، لجواز

۱- القواعد و الفوائد: ۲۰ و ۲۱.

الإيصاء إليه بإذن مولاه، بل لكونها بمنزله الآله.

و لذا قالوا: إنّه لا يحمل إذن العبد فى التصرّف على كونه وكاله، لأنّه استخدام و إن كان قابلا لها، فإذا وقع عقد الوكاله بلفظها كالاستنابه أو الوكاله حملت عليها مطلقا.

و لو وقع بلفظ الإذن؛ فإن كان المخاطب حرّا يحمل عليها أيضا إلّا مع القرينه على إراده الإذن المجرّد، لا الولايه، و إن كان المخاطب عبدا فهو استخدام لا ولايه.

فإذا وقع التعليق أو أمر آخر موجب لبطلان الوكاله، فإن كان الواقع لفظ الوكاله، فبطلانها يبطل الإذن المستلزم له، إلّا أن يقال: إنّ التصرّف يكفى فيه رضا المالك، فمتى حصل- و لو حصل بكاشف فاسد بالنسبه إلى أمر آخر- جاز التصرّف.

نعم؛ لو كان الموكّل جاهلا بفساد الوكاله و لم يكشف الرضا بأمر آخر غير لفظ «وكّلتك» لم يجز التصرّف، بخلاف ما لو كان عالما، و إن كان الواقع بلفظ الإذن و كان المخاطب حرّا، بطلت الوكاله الظاهر فيها، بقرينه المخاطب.

و أمّا جواز التصرّف؛ فإن اكتفينا فى حصول الرضا بكاشف فاسد أو حصل من غير لفظ الإذن، فلا إشكال فى جوازه و إن كانت الوكاله الظاهره من هذا اللفظ باطله، و كذا الإذن المستلزمه هى له.

و يحتمل أن يقال بحمل كلام المتكلّم على الصحيح: إنّ المراد من هذا اللفظ الإذن لا الوكاله، فحمل الكلام على الصحيح قرينه على صرف الكلام عن الوكاله الظاهر فيها، كما يفعل ذلك فى باب الإقرار و البيع، كما لا يخفى على الفقيه المتتبّع.

و لو كان المخاطب عبدا صحّ بلا إشكال لظهور الإذن معه فى غير الوكاله، و قد مرّ أنّ التعليق غير مضرّ فى مطلق الإذن، كما لا يخفى على الفقيه المتفطّن.

ثمّ إنّ بعض العقود ما هو معاوضيّه، و بعضها غير معاوضيّه، و إن ذكر فيها العوض كالنكاح و الخلع، و بعضها محتمل للأمرين كالصلح، فافهم!

و ليست الوكاله باعتبار اشتراط الجعل فيها و عدمه من هذا القسم، بل هى معه من العقود التضميتيّه لا المعاوضيّه، كالجعاله و النكاح فى قول.

و لذا لو فسد الجعل فى الوكاله المشروط فيها الجعل لم تفسد الوكاله، و إن كانت موجبه للضمان لو كانت فاسده بقاعده «ما يضمن» كالهبه المشروط فيها العوض، و العاريه المشروط فيها الضمان.

مع أنّهما ليستا من العقود المعاوضيّه، و ليست القاعده كلّ عقد معاوضىّ يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، فتدبّر!

أقسام الاستنابه

فقد علم أنّ الإذن و الاستنابه على ثلاثه أقسام:

قسم؛ يفيد إثبات الولايه و تفويضها بعد سقوطها عن نفسه.

و هذا القسم إنّما يكفى إذا لم يكن هناك ولايه مقدّمه على ولايه هذا المستناب، كما لو كان هناك جدّ و أوصى إلى أحد على صغاره.

و أمّا ولايه الحاكم؛ فهى متأخّره عن جميع الولايات كإرثه، و ذلك لأنّ جعل الولايه له لعدم تعطيل الامور و الأحكام، كما أنّ إرثه لعدم كون المال بلا مالك، و لذا لا يرث إن أمكن تحصيل الوارث، و لو بأن يشترى و يعتق و يرث،

فكما أنّ ولايه الأب أو الجدّ مقدّم على ولايته، كذلك ولايه الوالى منهما- و هو الوصىّ- مقدّم عليه.

و قسم؛ يفيد إثبات الولايه له مع بقاء ولايته، بل ما دامت ولايته ثابته تثبت له، و هذه هى الوكاله، فحيث إنّها ولايه عمّن له الولايه على أمر فيشترط كونهما قابلا للولايه بمعنى كون الموكّل مالكا للتعالى بنفسه و لغيره، و الوكيل قابلا للتعالى و إن لم يكن قابلا للتعالى لنفسه، فإنّ السفيه يتوكّل، فلو لم يكن أحدهما قابلا لها بطلت الوكاله.

و كذا لو عرض بعد القابليّه ما يمنع منها، كما لو جنّ أو مات أو اغمى على أحدهما، ثمّ لو عرض الموكّل، صار تصرّف الوكيل فضوليّا موقوفا على إجازه الولىّ الفعلى لذلك التصرّف أو إجازته بعد زوال المانع، و لو عرض الوكيل فتصرّفه حيث أمكن كان لغوا، للغويّه عباره المجنون و المغمى عليه إلّا فى مثل العاريه ممّا يصحّ كون المجنون آله كالصبىّ.

فقد عرفت من ذلك أنّ كلّ عقد مشتمل على مثل هذه الولايه و هى الوكاله تبطل بما يبطل بمثل ما ذكر، بل و إن كان لازما، كأن كان مشروطا فى عقد لازم، فإنّ الوكاله المشروطه فى البيع تبطل بالموت و الجنون و الإغماء من كلّ منهما، فالمناط فى البطلان بالامور المذكوره بعروضها فى العقود الإذنيّه مطلقا، لا مطلق العقود الجائزه، فإنّ الهبه جائزه، و كذا القرض، و لا تبطل بها.

نعم؛ لو عرض مانع من التصرّف فى مدّه، سواء كان فى المتعلّق كحيض المرأه الموكّله فى طلاقها، أو فى الوكيل أو الموكّل، كأن صار الموكّل محرما، أو الوكيل، بعد ما وكّله فى عقد نكاح أو شراء صيد.

و أمّا كون الإحرام فى حال الوكاله مانعا من تحقّق الوكاله، فلعلّه من جهه حرمه الاستمتاع بالنساء لكلّ وجه حتّى الشهاده عليه، و لعدم قابليّه المحرم للتملّك للصيد، فتأمّل!

ثمّ اعلم! أنّ الإذن و الاستنابه حيث أفادت الولايه تكون عقدا يفتقر إلى إيجاب و قبول قوليّ أو فعليّ، و أمّا مسأله لزوم الإيصاء حيث لم يعلم الوصىّ إلّا بعد الموت، أو ردّ و لمّا يبلغ الردّ، و كذا عدم انعزال الوكيل بعزل الموكّل فأمر ثابت بالدليل القطعى الاعتبار، مثل النصوص (۱) و الإجماعات.

و أمّا القسم الثالث من الإذن، فهو إيقاع لو كان بلفظ الأمر، مثل بع، و اشتر، أو افعل، و لذا يجب على العبد القبول، و كذا يجب الحجّ بالبذل لا الهبه.

و أمّا البيع فى الوكاله بمجرّد الأمر أو الإيجاب- بعد الغضّ عن عدم كون مثله إيجاب وكاله، كما صرّح به فى «التذكره» (۲)، بل مجرّد إذن، و تسليم كونه إيجاب وكاله- فلأنّه و كذا كلّ عقد يحصل، ممّا يجوز فى إيقاعه بمجرّد الرضا من المالك و لو بشاهد الحال.

و أمّا تحقّق الانتقال، فلمّا كان موقوفا على رضا المالك و إنشائه أو من هو ولىّ عنه، منه أو من الشارع فهنا إنشاء الوكيل؛ فوكالته و ولايته حين البيع و لو بنفس البيع، فلا يقال: إنّ الوكاله و الاستنابه عقد، فما لم تتحقّق لم يتحقّق، إلّا أن يقال: إنّه يصير بإراده البيع- مثلا- وكيلا- و يجرى العقد، نظير بيع الواهب و وطء المطلّق، أو قبلته زوجته المطلّقه رجعيّا، و لذا كلّ تصرّف موقوف على الإذن

۱- وسائل الشيعه: ۱۹/ ۱۶۲ الباب ۲ من كتاب الوكاله.

۲- تذكره الفقهاء: ۲/ ۱۱۴ ط. ق.

يكفى الإذن هناك إيقاعا.

كلّ ذا بالنسبه إلى الموت و الجنون و الإغماء، و كذا عدم البلوغ الّذى يرجع إلى عدم المقتضى للعقد لسلب العباره من متّصفيهم، و لا يختصّ بالوكاله بل فى جميع العقود و الإيقاعات من العبادات و المعاملات.

و أمّا غيرها ممّا يرجع إلى وجود المانع كالسفه و الفلس و الإحرام و المرض و الرقّ و وجود المانع فى متعلّق الوكاله كالحيض و الخمريّه فى الموكّل و عدم المالكيّه لما يوكّل فيه فيهما- أى فى الموكّل و الوكيل- فوجودها على ما ذكر فى حال العقد، مع وجودها زمان التصرّف.

و أمّا إن علّق التصرّف بزمان يرفع المانع فى ذلك الزمان؛ فإن ثبت من دليل كون المانع مانعا ارتفاع المالكيّه و التأهليّه به، فمن هو فيه لم تصحّ الوكاله كالإحرام، فإنّ النساء حرام عليه بكلّ استمتاع، و هو غير قابل لملك الصيد، فليس المحرم مالكا لها و للصيد، فليس لها التوكيل و التوكّل، لما عرفت من معنى الوكاله من كونه إثبات ولايه لغيره فى أمر للموكّل الولايه فيه بنفسه و لغيره، و للوكيل التولّى فيه بنفسه و لو لغيره، و الإحرام مانع من الولايه، و إن لم يثبت ذلك كسائر الموانع.

و لعلّ الرقّ من قبيل الإحرام، كما هو الأقوى، فتصحّ الوكاله، بل و لو كان مانعا فى الموكّل دون الوكيل كما لو وكّل الجنب أو الكافر غيره الطاهر أو المسلم فى إيقاع عقد فى المسجد، و أمّا عروض الموانع فى الأثناء- أى بعد الوكاله الواقعه صحيحه- فالظاهر عدم الفرق بين الموانع فى عدم بطلانها إلى أن يزول المانع حتّى الإحرام حتّى فى زمان الإحرام إذا كان الموكّل مالكا له، كالنائى عن

بلد الصید، فإنّ وکاله وکیله فی بلده لا تبطل بإحرامه.

و أمّا وجود المحرّمات فبالنسبه إلی الحکم الوضعی أو الحکم التکلیفی المسبّب عن حصول سبب فی المباشر یوجب ذلک الحکم- کالإثم و الضمان- فغیر قابله للوکاله.

و أمّا لو کان لأحدهما بالنسبه إلی الموکّل أثر، کما لو وکّل الناذر لعدم بیعه عبده- مثلا- غیره فی بیعه، فإنّ الإثم و الحنث یحصل بالنسبه إلی الموکّل، لکن هذا المثال غیر صالح للنقض، کما قیل، لتعلّق حقّ اللّه بالعبد الموجب لبطلان البیع (۱).

و المسأله غیر مستحضره عندی، فلیفرض فیما کان کذلک، و هو ما إذا حلف علی نفی البیع و قصد النقل و الانتقال لا المعنی العرفی و هو العقد، و کما لو وکّل الراهن أو الواهب فی إقباض المشاع، فإنّ الإثم و إن اختصّ بالمباشر لکن صحّه العقد و لزومه بالنسبه إلی الموکّل أثر شرعی للإقباض علی القول بکفایه قبض الشریک الراهن بغیر إذن شریکه فی الحکم الوضعی.

و أمّا الفرق بین ما لو قال: وکّلتک فی طلاق امرأه سأنکحها، و بین ما لو قال: وکّلتک فی تزویج امرأه و طلاقها، أو شراء عبد و عتقه، فلأنّ العقود المترتّبه فی کلّ عقد لو جازت لوجب أن لا یشرط فی العقود المترتّبه بالشرط فی الاستقلالیّه، و منها العقود المترتّبه علیها عقود اخر، و إلّا فلا معنی لتشریع مثل تلک العقود.

مثلا إذا صحّ الوقف المؤبّد علی أشخاص بالدلیل المستلزم لکون بعض

۱- مفتاح الکرامه: ۷/ ۵۲۹ و ۵۳۰.

الموقوف علیهم فی بعض الطبقات غیر موجودین حال العقد، اقتضی ذلک الدلیل سقوط اشتراط الوجود فی الموقوف علیهم لو کان أصلا فی الموقوف علیهم تبعا و کذا القبول و القبض، و کذا إذا اقتضی الدلیل صحّه البیع و رهن المبیع بعقد واحد، کقوله: بعتک الدار و أرهنتکها فلا بدّ من الاکتفاء بتقدّم ملک المرتهن للرهن بحسب الذات و إن کان مقارنا للرهن زمانا، فافهم!

و کذا الوکاله المترتّبه، و إن کانت معلّقه بل غیر مملوک للوکیل متعلّق الوکاله، فعلی هذا لو وکّل فی أمر یصحّ فیه الوکاله و وکّل فی امور اخر مترتّبه علیه، و إن لم یکن له ذلک لو کانت الامور غیر مترتّبه.

فهذا هو الفرق فی الوقف بین الوقف علی المعدوم ابتداءً و الوصیّه و بینها علیه تبعا، و فی الوکاله بین التوکیل فی طلاق امرأه سینکحها و التوکیل فی التزویج و الطلاق أو الشراء و العتق.

ما تصحّ الوکاله فیه

اشاره

قالوا: و کلّ أمر لا یتعلّق غرض الشارع بإیقاعه من مباشر معیّن تصحّ الوکاله فیه (۱).

أقول: کلّ أمر یقع فی الخارج، إمّا فعل من أفعال الجوارح، و إمّا إنشاء و نیّه، فإن کان فعلا؛ فإمّا أن یکون الأثر المترتّب علیه شرعا أو عرفا مترتّبا علی فاعله من حیث صدوره منه، بحیث لا یکفی فی ترتّبه علیه انتسابه إلیه، فذلک لا تصحّ الوکاله فیه، و ذلک واضح وجهه.

۱- مفتاح الکرامه: ۷/ ۵۲۷.

و إمّا أن يكفى فى ترتّبه عليه انتسابه إليه، فهذا تصحّ فيه الوكاله، و كذا النيّه و الإنشاء، منها ما يترتّب عليه الأثر المترتّب عليه من حيث صدورها من المنشئ و الناوى، و منها ما يترتّب على المنتسب إليه الإنشاء و النيّه.

فالطهاره فعل يرتّب الأثر الشرعى، و هو استباحه الصلاه أو الطهاره من القذاره على الصادر منه هذه، لا المنتسب إليه.

و كذا الصلاه الواجبه حال الحياه، فإنّ الأثر الّذى يترتّب عليها و هو التذلّل و الانقياد و حصول الكمال و التقرّب إنّما هو على الصادره منه، يعنى أنّ مباشره الصلاه يوجب التذلّل و الكمال.

و كذا الصلاه المندوبه، كصلاه الليل- مثلا- فالتقرّب لازم لفعله بنفسه، بخلاف الزكاه مطلقا، فإنّ الغرض منها ارتفاع شحّ النفس و ارتفاق الفقراء و المستحقّين لها، فيحصل هذان الأثران بمجرّد حصول الفعل، و هو التزكيه و لو من الغير، لحصول الارتفاق و ارتفاع الشحّ من المالك، و لو أخرج زكاته غيره.

و أمّا النيّه و قصد التقرّب، فحيث إنّ التقرّب أثر يترتّب على المنتسب إليه التزكيه و هو المالك، فيجزى قصد الوكيل تقرّبه حين دفعه إلى مستحقّه.

و من ذلك؛ الوقف و العتق، فيجزى قصد الوكيل تقرّب الواقف و المعتق.

نعم؛ لو لم يكن مأذونا منه، بل واليا عليه من قبل الشارع، كمن وقع مال غيره فى يده غير مزكّى و هو ممتنع فزكّى منه ما يجب على المالك، فيترتّب على قصده بها تقرّب المالك تقرّبه إلى اللّه تعالى أيضا.

و من هذا القبيل الجهاد، حيث جازت الاستنابه فيه، فإنّ الغرض من تكليفه على العباد إقامه الإسلام و إظهار شعائره، فيحصل هذا الغرض من

المباشر و إقامه غيره مقامه و ينوى فى ذلک تقرّب المنوب عنه کالزکاه، لکن يشترط أن لا يکون واجبا على النائب و لو کفائيا، و إلّا لم يجز التوکيل فيه.

و قيل: إنّ الأمر بالمعروف و النهى عن المنکر من هذا القبيل لو لم يکن واجبا على النائب، لکنّه محلّ نظر، لأنّ هذا التوکيل نوع من الأمر بالمعروف لا استنابه فيه، فتدبّر!

و أمّا الحجّ الواجب، فالمقصود و الأثر المترتّب عليه هو إنفاق المال فى هذه الجهه و إذلال النفس و الانقياد بإتيان الواجب بنفسه، فلا تجزى الاستنابه؛ لعدم حصول الغرض بتمامه فيها، و قصد القربه من النائب، بعد ما کان التقرّب غير حاصل إلّا من المباشر، غير مفيد له.

نعم؛ لو عجز بنفسه سقط الغرض الأخير، فيحصل التقرّب و لو بفعل غيره، و يترتّب عليه الغرض الأوّل، فينوى النائب القربه فى حجّه و يترتّب عليه تقرّب المنوب عنه عکس الزکاه، إذ التقرّب بهذه الأفعال تابعه لصدورها أوّلا و إلى السبب المنتسبه إليه هذه الأفعال و يشير إلى هذا ما ورد من أنّ للنائب تسعه أعشار أجر الحجّ و ثوابه، و للمنوب عنه و السبب أجر (۱).

و أمّا الحجّ المندوب، فلمّا کان أصل الحجّ هو زياره بيت اللّه جاز التوکيل فيه کسائر الزيارات المستحبّه، و السرّ فى ذلک أنّ الزياره مرکّبه من امور: طىّ الطريق، و إبلاغ السلام، و الإهداء.

فأمّا طىّ الطريق؛ فحيث إنّ الغرض منه التوصّل إلى الأمرين الأخيرين کان مقتضى الأصل جواز الاستنابه فيه، إلّا أن تکون أصل الزياره واجبا،

۱- وسائل الشيعه: ۱۱/ ۱۶۵ الحديث ۱۴۵۳۷.

فیلاحظ فیها مباشره طیّ المسافه لتبادرها من الواجب، کما فی الحجّ الواجب، لوجود غرض فی تعلّق الوجوب بها الموجب لمباشرتها بتمام أجزائها.

و أمّا الغرضان الآخران فممّا یحصل بالنیابه مطلقا، کما هو معمول الآن فی تفقّد الأکابر من أحوال أمثالهم، أو ممّن هو دونهم بإرسال خادمهم و تبلیغ السلام و سؤال أحوالهم، فهذا النائب للزیاره یبلّغ سلامه إلیه.

و أمّا صلواته المهدی بها فینوی بها لنفسه و یقصد تقرّب نفسه بها لحصول زیارته لنفسه أیضا بنیابته للغیر لکنّه یهدی بهذا الفعل المتقرّب به عن المنوب عنه، و یمکن أن ینوی النائب جمیع أفعاله و سلامه لنفسه و یهدی ثواب المجموع إلیه أی إلی المنوب عنه.

و یستفاد من الأخبار (۱) کلا القسمین فی الاستنابه للزیاره لقبور الأئمّه علیهم السّلام و بیت اللّه لکن ما ورد من جواز أن یستنیب جماعه شخصا واحدا للحجّ المندوب (۲) منزّل علی القسم الثانی؛ لعدم جواز استنابه شخص إلّا عن واحد، فتدبّر! فیجوز فی الحجّ المندوب الاستنابه فینوی فی جمیع الأفعال تقرّب نفسه و یترتّب علیه تقرّب المنوب عنه، فیستأجره لأن یفعل هذه الأفعال لنفسه متقرّبا بها إلی اللّه بتقرّب هذا الشخص إلیه، أو لیفعلها و یفوّض ثوابها إلیه.

و أمّا فی الواجب لمّا کان التذلّل مسبّبا عن مباشره طیّ الطریق و إتیان الأفعال بنفسها لم یجز التوکیل فیه، و کذا لو نذر الزیاره- مثلا- اشترطت المباشره قطعا، إلّا أن یکون متعلّق النذر أعمّ.

۱- وسائل الشیعه: ۱۴/ ۴۴۲ الباب ۴۲ من أبواب المزار و ما یناسبه.

۲- وسائل الشیعه: ۱۱/ ۲۰۲ الباب ۲۸ من أبواب النیابه فی الحجّ.

و ممّا ذكرنا فى صلاه الإهداء اتّضح جواز الصلاه المندوبه بقصد الثواب الدنيوى كتوسعه الرزق و صلاه الحاجه، فإنّ هذا الأمر إنّما هو على الفعل المتقرّب به، لا على المطلق، فهو ينوى ترتّب الأثر الدنيوى و يطلبه من اللّه بهذا الفعل الّذى يتقرّب به، و كذا مثل الجنّه و النار اللتين ادّعى الشهيد الأوّل فى قواعده- على ما قيل- (١) الإجماع على بطلان العباده بجعلهما غايه لها، فإنّ قصدهما- على ما قلنا- غير مضرّ إجماعا، و مراده قدّس سرّه قصدهما على وجه يجعلهما غايه للعباده بلا توسّط القربه، بأن يصلّى للجنّه لا للّه، و يقصد بهذه الصلاه المتقرّب بها الجنّه أو الخلاص من النار، فافهم!

و أمّا الحجّ الواجب عن الميّت و كذا الصلاه الواجبه بعد الحياه؛ فالاستيجار و التوكيل غير مناف لقصد قربه الفاعل، فإنّ الفعل بعد ما كان مشروعا مطلوبا للشارع و هو إتيان واجب الغير بعد حياته، و رتّب الشارع عليه الأثر الّذى كان يترتّب على المفعول له لو كان فاعلا على فعل هذا النائب و هو البراءه جاز أخذ الاجره على هذا الفعل.

فكما أنّه قبل الاستيجار لو ينوى بفعله له تقرّبه و تقرّب غيره مترتّبا و كان يبرئ ذمّته لو كان واجبا عليه، فكذا يجوز أخذ الاجره عليه، كما أنّ متعلّق النذر قبل النذر لا بدّ أن يكون مطلوبا و مشروعا و به يصير واجبا، فكلّ قيد كان فيه قبله فهو باق بعده حتّى الوجوب و الندب.

و هل يجب فى نذر الواجب و المندوب حين فعلهما أن ينوى وجوبهما النذرى غير الوجوب أو الندب الأصلى؟ قولان، و لعلّ الاكتفاء بالفعل لو كان

١- الأربعون للشيخ البهائى: ٢٢٥ و ٢٢٦.

غافلا حينه أقوى، أمّا لو كان ملتفتا به حينه فغير شرط جزما.

فالحاصل؛ أنّ الأجره على هذا الفعل المتقرّب به الّذى يأتى به بقصد النيابه و براءه ذمّه المنوب عنه، فهذا معنى قولهم: إنّ الاجره على جعله نفسه نائبا لا ـ على أصل الفعل، لكن لو كان هذا الفاعل الّذى يجعل نفسه نائبا ممّن يجب عليه ذلك لم يجز أخذ الاجره عليه كالولىّ، لكنّه يجوز استيجار غيره.

و أمّا الغرض الّذى كان فى الحجّ و الصلاه الواجبين حال الحياه، فقد انتفى بعدها، حيث إنّ الشارع حكم بوجوبهما على الولىّ عنهما، و منفعه هذه الأفعال الّتى واجبه على الولىّ و إن كان غير راجعه إليه حقيقه، لكنّها راجعه إليه حكما، لسقوطها عنه بفعله.

و هذا المقدار كاف فى تملّك المستأجر للمنفعه و رجوعها إليه، كما لو استأجر شخص من شخص داره ليسكن المؤجر فيها، فإنّها بمنزله العاريه من مالك المنفعه، إلّا أن يشترط فيها ذلك- فتأمّل- و أمره ببناء دار غيره لا ببناء دار نفسه، فافهم!

و أمّا الأذان و الإقامه و الصلاه المندوبه؛ فلمّا لم يكن أصلها عن الغير مشروعا لم يجز الاستنابه فيها و لو على نحو ما ينوى فى الصلاه عن الميّت و زياره قبور الأئمّه عليهم السّلام، فلا تغفل! فإنّ ضابطه الاستنابه ما كان للمنوب عنه التولّى بنفسه و بغيره، و للنائب أن يتولّاه عن غيره، و لم يثبت و لم يدلّ دليل على ذلك فى ما نحن فيه، كما فى الواجبات بعد حياه المنوب عنه.

فروع

من العبادات ما يثبت من الشرع الإتيان بها و إهداء ثوابها إلى الغير، و من

ذلـك تلاوه كلاـم اللّه المجيـد و الحـجّ المنـدوب على أحـد الوجهين، و لاـ يجوز فى مثـل التلاـوه النيابه، لعـدم قيام دليل على مشروعيّته و جواز التولّى فى القراءه.

و أمّا صـلاه ليله الدفن و إن كان المكلّف بها جميع المسـلمين سوى الولىّ، لكن حيث شـرّع ذلك بقصد الإهداء لا بقصد النيابه عن الولىّ- فافهم- جاز أخذ الاجره من الولىّ لهذا الفعل المتقرّب به على نحو ما حقّقناه فى صلاه الاستيجار.

و أمّـا النـذر فغير قابـل للنيـابه، إذ الأـثر و قصـد القربـه مـترتّب على الفعـل مـن حيـث صـدوره، لاـ من حيث الانتسـاب كمـا فى المعاملاـت، فإنّ حقيقه البيع- مثلا- إدخال المبيع فى ملك الغير بإزاء الثمن، و هـذا لا يشترط فيه صـدور الإيجاب من المالك، بـل يكفى إنشـاء الوكيل و لو لم يقصـد النيابه، بخلاف النـذر، فإنّه لا يمكن أن يقصـد الوكيل تقرّب الموكّل بهـذا اللفظ الّـذى صدر منه و يحصل به تقرّب اللافظ.

و أمّا الظهار فلمّا كان معصيه- و قد مرّ عدم جواز التوكيل فى المعاصى- لكنّه حيث يكون هذا الفعل من الوكيل أيضا معصيه، و ليس كذلك الظهار.

و أمّا حرمه الطلاق للحائض من الوكيل، القول بوقوعه و إن أثم المطلّق- كما هو مذهب العامّه (۱)- فلإيجاده هذا الفعل المحرّم و إعانته على الإثم.

و أمّا الظهار؛ فلمّا لم يصحّ التوكيل فيه و لم يترتّب عليه أثره بالنسبه إلى الزوج لم يكن هذا الفعل من الوكيل محرّما، فتأمّل!

و لكنّ التحقيق أنّه لو لاـ الإجماع على عـدم جواز التوكيل فيه لأمكن المناقشه فيه، و المناقضه بمثل طلاق الحائض على مـذاهب العامّه حيث يقولون

۱- الأم: ۵/ ۱۸۱، المغنى لابن قدامه: ۸/ ۲۳۷ و ۲۳۸، الشرح الكبير: ۸/ ۲۵۳ و ۲۵۴.

بانعقاده مع كونه محرّما (۱).

فمقتضى ذلک تأثير التوكيل هنا و إن كان محرّما بالنسبه إلى الموكّل بل هنا أولى، لما ذكرنا من عدم المعصيه بالنسبه إلى الوكيل بخلافه هناک، إلّا أن يقال:

إنّ الحكم الوضعىّ للظهار تابع لحرمته، بمعنى أنّ الظهار المحرّم موجب للفراق و وجوب الكفّاره، و ليس الظهار الواقع من الوكيل محرّما.

و هذا أيضا ضعيف، لكونه بالنسبه إلى الموكّل محرّما لو جاز التوكيل فيه، و وجوب الكفّاره لازم له لا للوكيل.

فالعمده هو الإجماع فى المسأله.

و بالجمله؛ المسأله محتاجه إلى التأمّل و ليس مجال لنا الآن.

و أمّا اللعان؛ فمبنىّ على أنّه شهاده أم يمين، فينبغى التكلّم أوّلا فى الشهاده، فنقول: إنّ الإخبار إن كان عن حقّ للغير على نفسه، فهو إقرار، و إن كان عن حقّ له على غيره، فهو ادّعاء، و إن كان عن حقّ الغير على الغير، فهو شهاده، و لا يمكن التوكيل فى الإخبار، لأنّ كاشفيّه الخبر عن الواقع أمر قائم بصدور الخبر، فالتوكيل فى الإخبار غير مفيد، لعدم حصول الكشف فى إخبار الوكيل.

نعم؛ إخباره يكشف عن أنّ المخبر قد أخبر بذلک، لأنّ المخبر به للوكيل هو إخبار الموكّل.

و أمّا شهاده الفرع، فهى من هذا القسم، و لكن لمّا كان حضور الشاهد عند الحاكم شرطا لم يجز التوكيل إلّا عند الضروره، فتدبّر! حتّى يتّضح أن ليس ذلک توكيلا، لأنّ الشهاده نوع من الإخبار، و لا يصحّ التوكيل فيه حسب ما مرّ.

۱- بدايه المجتهد: ۲/ ۶۴.

و أمّا التوكيل فى الدعاوى؛ فهو توكيل فى الخصومه و الترافع و إقامه الشهود و جرحهم، و هذه امور يكون له التولّى بنفسه و بغيره، لأنّ هذه ولايه فله إرجاعها إلى غيره، بخلاف أصل تحرير الدعوى فقط، إلّا أن يكون من باب المقدّمه، فيصحّ التوكيل فيه تبعا للامور المذكوره.

فلو و كلّه فيه لا-فيها بطلت قطعا، لأنّه إن حرّر الدعوى من قبل نفسه، بأن يقول: فلان يدّعى عليك كذا، فهذه الدعوى غير مسموعه، لعدم الخصومه معه.

و إن قال: أنا وكيل فى هذه الدعوى فقد عرفت بطلانه، لعدم ولايه للمخبر فى الإخبار حتّى يفوّضها إلى غيره، و أمّا الإقرار فكذلك غير قابل لها إجماعا، و إنّما النزاع فى أنّ التوكيل فيه إقرار أم لا؟

و لعلّه من باب الإقرار المعلّق، كأن يقول: إن جاء رأس الشهر فله علىّ كذا.

فنقول: إنّه إذا قال: اذهب و أقرّ عنّى لفلان، معناه: إنّه إذا أقرّ الوكيل بكذا، فله علىّ كذا، فافهم.

فلعلّ هذا مراد الشيخ رحمه اللّه حيث حكم بأنّ التوكيل فيه إقرار (۱)، قال العلّامه فى «القواعد»: و فى التوكيل على الإقرار إشكال، فإن أبطلناه ففى جعله مقرّا بنفس التوكيل نظر (۲)، انتهى.

و الحاصل؛ إنّ التوكيل غير معقول فى الإخبارات، بل مختصّ بالإنشاءات، إذ لا-ولايه للموكّل فى الإخبارات حتّى يوكّلها و يفوّضها إلى غيره،

۱- المبسوط: ۳/ ۳۲.

۲- قواعد الأحكام: ۱/ ۲۵۴.

لأنّ الإخبار إن كان عن حقّ للغير على غيره و هى الشهاده، فإخبار الشهاده فيه قد اخذ على وجه الموضوعيّه للحكم و حضور الشاهد جزء الموضوع، فلا يمكن التوكيل فيها.

أمّا شهاده الفرع فعلى ثلاثه أقسام:

أعلاها: الاستدعاء (۱)، و هو أن يقول: اشهد عنّى عند الحاكم بكذا.

و ثانيها: أن يسمع شهادته عند الحاكم فينقلها عند غيره.

و ثالثها: أن يكون التقاول و الشهاده بين الشاهد و السامع.

و هذان القسمان و إن كانا أخفض من الأوّل، لكنّهما معتبران إلّا القسم الأخير، إذ لم يشتمل على ذكر السبب، مثل أن يقول عن ثمن ثوب أو عقار، و كذا القسم الأوّل لكن إن كان مقام الاضطرار، فليس من باب التوكيل، لأنّ حجّيه الإخبار من جهه كاشفيّه الخبر عن الواقع، و هذه الصفه غير قائمه بخبر الوكيل.

نعم، يكشف خبره عن خبره الكاشف عن الواقع، و ليس هذا توكيلا فى شىء، و إن كان عن حقّ لازم على نفسه للغير و هو الإقرار، فهو و إن كان إنشاء فى وجه لكن حجّيته باعتبار كاشفيّته عن الواقع، فلا يمكن التوكيل فيه.

و أمّا شاهد الإقرار؛ فهو كاشف بنفسه عن إقراره لا عن الواقع، فتدبّر!

و الحاصل؛ أنّ إخبار الوكيل بإقرار الموكّل إمّا إخبار عن حقّ الغير على الغير، و إمّا إخبار عن حقّ لازم للغير على المخبر، و الأوّل شهاده، و بطلان الثانى بيّن، و بطلان اجتماعهما أبين.

۱- لا لتماس الشاهد الأصل رعايه شهادته و الشهاده بها «منه رحمه اللّه».

فلو قال: اشهد عنّى أنّ لفلان علىّ كذا، لا يدلّ على الإقرار، لأنّ التوكيل إنشاء و هو إخبار حقيقه إلّا أن يقال بدلالته عليه التزاما، حيث إنّه يضمّ الإخبار فيكون إقرارا.

قال المحقّق الثانى فى شرح قول العلّامه المتقدّم ذكره بعد ما ذكر وجهى الإشكال: و فيه نظر، أى فى دليل كونه إقرارا بما أشرنا إليه أخيرا من أنّ التوكيل يتضمّن الإخبار.

قال: لأنّ ما تضمّنه التوكيل هو صوره الإخبار، و ليس إخبارا حقيقه، للعلم بأنّ قوله: لزيد عندى كذا، فى قوله: وكّلتك بأن تقرّ عنّى بأنّ لزيد عندى كذا، لم يأت به للإخبار، بل لبيان اللفظ الّذى يخبر به، فهو فى الحقيقه من تتمّه بيان الموكّل فيه، و الأصحّ أنّه لا يكون إقرارا (۱)، انتهى.

قد سبق أنّه يحتمل أن يكون هذا من باب الإقرار المعلّق، و سيجى ء ما يدلّ عليه و إن كان فى إطلاقه نظر، و إن كان الإخبار ادّعاء فقد ظهر وجهه- أى وجه عدم التوكيل فيه- ممّا ذكر فى الإقرار و الشهاده، بل فى مطلق الإخبار (۲).

۱- جامع المقاصد: ۸/ ۲۲۰.

۲- قال فى محكى «الخلاف» يصحّ إقراره و يلزم الموكّل بالمقرّ به إذا كان معلوما، و بتفسيره إن كان مجهولا، لعدم المانع منه و الأصل جوازه. مضافا إلى عموم «المؤمنون عند شروطهم» الخلاف: ۳/ ۳۴۴ المسأله ۵، و هذا شرط أنّه يلزم ما يقرّبه الوكيل. أقول: الظاهر أنّ مراده من الأصل هو الصحّه و الجواز المستفاد من عمومات الوكاله، فمعارضته بأصاله البراءه- كما قيل- فى غير محلّه، لما حقّق فى محلّه من ورود الأدلّه الاجتهاديّه على الفقاهتيه، لأنّها دليل حيث لا دليل، إذ موضوعها- و هو المشكوك- يرتفع بها.- - و قول السيّد صاحب «الرياض»: إنّ فى هذا الأصل نظرا، لعدم الدليل عليه رياض المسائل: ۶/ ۶۴ لعلّه من جهه أنّه فهم منه أصل الجواز الغير المستفاد من العمومات. و أنت خبير بأنّ الحكم التكليفى الّذى يستنبط منه الحكم الوضعى كإباحه التصرّف و حلّيته و تسلّط الناس على أموالهم إنّما هو فى الحكم المستفاد من دليل اجتهادىّ، لا من دليل فقاهتى، فتدبّر! فلا ينبغى للشيخ البناء فى الصحّه على مثل هذا الأصل الفقاهتى الّذى فهمه هذا السيّد السند مع ظهور قوله و لا مانع من إرادته المقتضى من الأصل، و إن كان استدلال الشيخ محلّ نظر، و بيانه موقوف على مقدّمه، و هى: المخصّص المجمل، إمّا مجمل من حيث المصداق، و إمّا من حيث المفهوم. ففى الأوّل؛ قيل: يتمسّك بالعموم، كما هو منقول بناء القدماء، إذ لا يرفع اليد من العموم إلّا بمخصّص متيقّن، فكأنّه قال مثلا: أكرم العلماء إلّا زيدا المعلوم، أو كقولك: أكرم العلماء لا تكرم الفسّاق، فشكّ فى أنّ زيدا- مثلا- فاسق أم غير فاسق؟ فالمشكوك أنّه زيد أو لا، غير مخرج عن العموم، بل الأصل عدم كونه زيدا. و الّذى بنى عليه المحقّقون من المتأخّرين هو الوقف، لأنّ الكبرى لا يثبت الصغرى- فتأمّل- و لأنّ مرجع هذا التخصيص إلى تنويع العامّ، فكأنّه قال: لا تكرم زيدا العالم، و أكرم العلماء غير زيد، فأصاله عدم كونه زيدا معارض بعدم كونه غير زيد، لكونهما أمرين وجوديّين. و أمّا المشكوك بالمخصّص المجمل المفهومى فالتحقيق فيه- كما عليه أهله- هو الأخذ فى التخصيص، و العمل بالعموم بالمتيقّن، و الوقف فى المشكوك، لأنّ إجمال المخصّص يوجب الإجمال فى العامّ، فلا مجال للتمسّك به، فافهم، و تمام الكلام فى محلّه. فإذا تمهّدت هذه فنقول: مع أنّه لا عموم و لا إطلاق فى باب الوكاله، بل مشروعيّتها تثبت من موارد

خاصّه ورد من الشارع إمضاؤها فعلا أو قولا أو تقريرا لو سلّمنا العموم، و لو من عموم الحكمه فى بعض الإطلاقات- كما قيل- لا- شكّ فى تخصيصها بما لا يقبل النيابه لترتّب الشارع الغرض و الأثر على المباشره، فهذا أمر مجمل مفهوما أو مصداقا، فلا يجوز فى ما شكّ أنّه ممّا يقبلها أو ممّا لا يقبلها التمسّك بالعموم. و هذا نظير أنّه لو شكّ- مثلا- فى أنّ بعض الأشياء مال أم لا-؟ فلا يجوز التمسّك لجواز بيعه بعموماته، لأنّ بالكبرى لا يثبت الصغرى.نعم؛ عند الشكّ فى شرطيّه شى ء أو مانعيّته يجوز التمسّك بالعموم، لأنّه شكّ فى المخصّص رأسا، لا عند الشكّ فى وجود ركن العقد و عدمه، فالإقرار مشكوك فى قابليّته لها، فلا يجوز التمسّك بعموماتها، لأنّ الموضوع غير محرز، فإجراء الحكم غير مقدور، فلا أصل يقتضى الجواز، لا أنّ المانع محتمل حتّى يدفعه عموم المقتضى. و أمّا التمسّك بالشرط؛ فالشرط هو الالتزام فى عقد لازم كالبيع و نحوه لو اريد ظاهر هذا الكلام، و هو الأخذ بالوجوب، لعدم وجوب الوفاء بمطلق الشرط إلّا ما ذكرنا. و لو قيل: إنّه العهد و الالتزام لوجب حمل الخبر (الاستبصار: ٣ / ٢٣٢ الحديث ٨٣٥) على مطلق الرجحان، أو طرحه؛ للإجماع على عدم بقائه على عمومه بخروج أكثر أفراده الموهن للتمسّك به، مع بناء العلماء على التمسّك به للوجوب، فنحو هذا الشرط غير لازم الوفاء قطعا، لعدم كونه مشروطا فى ضمن عقد لازم، و لا يلزم من استحباب الوفاء التزامه بذلك، و عدم وجود الإجماع على الوجوب فى المقام الموجب لتخصّصه لو لم يحمل على الوجوب بالوجه الّذى ذكرنا من حمل الشرط على المعنى المذكور، و هو الالتزام فى ضمن عقد لازم كالبيع و نحوه «منه رحمه اللّه».

هـذا، و أمّا النذور و الأيمان و العهود فهى من العبادات غير قابله للتوكيل، و تحقيق المقام يقتضـى بيان حقائقها، فنقول: إنّ النذر هو الالتزام و إلزام أمر على النفس من قبل اللّه تعالى، فمعنى «للّه علىّ كـذا»: أنّه بعد ما أذن الشارع بأدلّه تشـريعيّه النذر أن يلتزم عنه تعالى بأمر، و يلزمه عنه على نفسه، مثل: أن فوّض تشـريع بعض العبادات على الناس إلى النبىّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم أو على نفسه، فإذا أوجب النبىّ صـلّى اللّه عليه و آله و سـلم أمرا عليهم عنه تعالى فقـد فعل هـذا بأمره و صار هذا واجبا يكون أمره صلّى اللّه عليه و آله و سلم أمره تعالى.

فكما أنّ أحدا لو فوّض تعيين أمر إلى غيره فعيّن، يقال: إنّه معيّن، فكذلك ما شرّعه النبىّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم بإذنه تعالى الكلّى كان تشـريعا من اللّه، فانظر إلى ما يشـرّعه النبىّ صـلّى اللّه عليه و آله و سـلم و يقول مثلا: من فعل كذا فله أجر كذا، فهذا إنشاء منه فى جعل الحكم و فى جعل الثواب المعيّن، و ليس إخبارا قطعا، إذ لو لا تشريعه ذلك الحكم لم

یکن الثواب مترتّبا علی فاعله.

و هـذان الإنشاء ان بعـد إذنه تعالی له فی التشـریع، فکأنّه قال: اجعل عنّی کلّ حکم تریـد و تراه صـلاحا، و اجعل ثوابا تراه علیه، فمـا جعله هو مـا جعله اللّه تعـالی، فهـذا النـاذر قـد أذن اللّه تعـالی أن یجعل، و یوجب عنه علیه أمرا لکن لا مطلقا بل ما لم یکن محرّما و کان مأذونا عنّی مع قطع النظر عن التزامک به، فهـذا یقول: قد أوجبت عن اللّه علی نفسـی کذا، المسـتفاد هذا من قوله: للّه علیّ کذا، کما یقال: لک علیّ أن أفعل کذا.

فکما أنّه لو أمرک شـخص بأن تفعل کـذا بکـذا فقلت: لک علیّ أن أفعل کـذا بکذا، یصـیر هذا التزاما منک عنه، لکنّه بالأخره التزام منه علیک، فکذلک ما نحن فیه بعد تشـریع أن یلتزم الإنسان أمرا راجحا علی نفسه یکون ذلک الأمر الملتزم ملتزما من اللّه تعـالی، غـایه الأمر بلسانه و اختیاره، حیث إنّ معنی قوله: للّه، هو امتثال أوامر تشـریع النـذر، فلا احتیاج إلی قصـد القربه، إذ دلیل اشتراطها لم یدلّ إلّا علی کون الفعل للّه تعالی غیر محتاج إلی اللفظ بالتقرّب أو إخطار هذا المعنی، بل المحتاج إلیه فی حصولها هو إتیان الأمر فی الخاطر حین الفعل و قصده امتثاله.

و هـذا أمر حاصل بقوله: للّه، کما یقول: أصـلّی صـلاه الصـبح لأنّ الشارع أمرنی بها، و لهـذا لم یذکر جماعه فی النذر اشتراطها غایه، کالشـهید الأوّل فی «اللمعه» (۱) مع کونها شـرطا فیه فی الجمله إجماعا، و اسـتقر بهما الشـهیدان فی «الدروس» و «الروضه» (۲)، لکنّه قد یقال: بأنّ قوله: للّه، لبیان أن الالتزام من قبل

۱- اللمعه الدمشقیّه: ۹۷.

۲- الدروس الشرعیّه: ۲/ ۱۵۰ و ۱۵۴، الروضه البهیّه: ۳/ ۳۶.

اللّه و بإذنه، و أمّا أنّ هذا الالتزام للتقرّب إليه تعالی أو لغیره فأمر آخر لا بدّ منه.

فلو نوی فی صلاته الصبح- مثلا- کونه مأمورا به غیر ناو بفعله التقرّب، لم تکن صحیحه.

أقول: إنّما الکلام فی انفکاک حصول التقرّب عن قصد الامتثال للأمر و إتیان الفعل بعنوان أنّه مأمور به، قال اللّه تعالی: وَ ما أُمِرُوا إِلّا لِیَعْبُدُوا اللّهَ مُخْلِصِینَ لَهُ الدِّینَ (۱) و لم یقل إلّا لیقصدوا التقرّب و الإخلاص فی الأوامر.

نعم؛ حصول الإخلاص متوقّف علی إتیان المأمور به بعنوان أنّه مأمور به.

و بالجمله؛ المسأله غیر خالیه عن الإشکال و لم یحصل الترجیح لنا الآن فلا بدّ من ملاحظه الاحتیاط حین النذر و بعده، فتأمّل!

فحیث قد حقّق کون النذر عباده و مأمورا به فقد یناقش فیه، بناء علی کونه مکروها مع عدم اجتماع الکراهه مع العباده؛ لکونها راجحه فی ذاتها، و معنی الکراهه هو المرجوحیّه فی حدّ ذاتها، و الکراهه فی بعض العبادات کالصلاه فی الأرض السبخه- مثلا- معناها المرجوحیّه بالنسبه المعبّر عنها بالأقلیّه ثوابا، فالصلاه فیها مرجوحه بالنسبه إلیها فی غیرها، عکس الاستحباب فی الواجب.

فنقول: إنّ معنی کراهه النذر معناها مرجوحیّه الالتزام و فعل الملتزم به بالنسبه إلی عدم الالتزام، و فعله بأمره الندبی و أرجحیّه المندوب علی الواجب فی نظر الشارع غیر مستبعد، کما یومی إلی ذلک ما ورد من أنّ ثواب زیاره قبر

۱- البیّنه (۹۸): ۵.

الحسين عليه السّلام أضعاف ثواب الحجّ و العمره (۱).

و إن قيل في جواب الإشكال الوارد في المقام من أنّ ثواب المندوب كيف يكون أضعاف ثواب الواجب، مع كون الأوامر و النواهي تابعه للمصالح و المفاسد النفس الأمريّه؟ فلو كان مصلحه المندوب أكثر لوجب أن يكون هو الواجب بأنّ المراد من الحجّ، الحجّ المندوب لا الواجب؟

لكنّ المحقّقين أعرضوا عن هذا الجواب، و قالوا: إنّ وجود المفسده في ترك أمر مع وجود مصلحه فيه كافيه في الوجوب، مع كون بعض الأفعال المندوبه غير مشتمل على الفساد في تركها ذا مصالح متعدّده متكثّره، توجب أضعاف ثواب الواجب المترتّب على مصلحه.

و هذا ممّا يشهد به العقل أيضا، فإنّ إتيان الفعل المأمور به غير إلزامي، بل غير مأمور به، لكنّه مرضيّ للآمر، يدلّ على أطوعيّه المأمور الفاعل للآمر من إتيانه المأمور به الإلزامي، و قد ورد في الأخبار أنّه تعالى يباهي ملائكته إذا صلّى العبد صلاه الليل، فيقول: انظروا إلى عبدي مع أنّي ما أوجبت عليه كيف يقوم في هذه الظلمه و البرد و يحرّم على نفسه النوم و يلزمها بالسهر (۲).

و قد ورد فيها وجه و معنى آخر للكراهه، و هو مرجوحيّته من جهه تضييقه الأمر على نفسه، و احتمال أن لا يفعل و يعصي و لم تكن المعصيه حاصله لو لا الالتزام.

و هذا نظير الأوامر بإقامه المعروف و كراهه الالتقاط و نظير الأعمال

۱- وسائل الشيعه: ۱۴/ ۴۴۵ الباب ۴۵ من أبواب المزار و ما يناسبه.

۲- وسائل الشيعه: ۸/ ۱۵۱ الحديث ۱۰۲۷۷ و ۱۵۷ الحديث ۱۰۲۹۷، نقله بالمضمون.

و الصناعات المکروهه، مع کونها واجبه کفائیّه و توهّم کونها واجبه توصّلیّه فلا منافاه لها مع الکراهه، لعدم کونها عباده، فاسد، کیف لا؟ و عدم اجتماعها معها من جهه اشتمالها علی مصلحه راجحه و الکراهه حاصله من مفسده راجحه غیر ملزمه.

و هاتان الجهتان قد حصلتا من الأمر و النهی و التوصّلیّات المکروهه من هذا القبیل، و مجرّد اشتراط القربه فیها دونها غیر فارق، فتدبّر!

و أمّا العهد؛ فمعناه الجعل بینه و بین تعالی، فکأنّه بعد ما أذنه تعالی فی أن یعاهد معه تعالی، صار وکیلا عنه تعالی، فیقول: عاهدت و أوجبت له علیّ أن أفعل کذا، قالوا: و لا یشترط فیه و فی الیمین القربه و لا کون متعلّقهما طاعه.

و ممّا یدلّ علی کفایه قوله: للّه علیّ کذا فی النذر و عدم لزوم قصد القربه غایه للفعل، هذا الّذی ذکروه من اشتراطهم کونه فی النذر طاعه، بخلافه فیهما، إذ لا یمکن أن یلزم علی نفسه عنه شیئا إلّا و کان مرضیّا له و راجحا عنده، و لیس الراجح و المرضیّ عنده إلّا ما یقرّب العبد وَ مٰا أُمِرُوا إِلّٰا لِیَعْبُدُوا اللّٰهَ مُخْلِصِینَ لَهُ الدِّینَ (۱) وَ مٰا لِأَحَدٍ عِنْدَهُ مِنْ نِعْمَهٍ تُجْزیٰ* إِلَّا ابْتِغٰاءَ وَجْهِ رَبِّهِ الْأَعْلیٰ (۲).

و الیمین علی أمر مستقبل معناه فقدان اللّه (۳) لو تخلّف عن المحلوف علیه، لأنّ معنی القسم فی قوله: أقسم باللّه أفعل کذا هو الفقدان (۴)، و المراد منه هنا هو البعد عنه تعالی.

۱- البیّنه (۹۸): ۵.

۲- اللیل (۹۲): ۱۹ و ۲۰.

۳- کذا فی النسخه.

۴- کذا فی النسخه.

و أمّا اليمين و الدعاوى؛ فهى إخبار لا إنشاء، لأنّها حلف على أمر ماض.

إذا تحقّق ما ذكر فنقول: إنّ الالتزام و المعاهده و الحلف أمر ربطىّ بينه تعالى و بين الناذر و امتثال للأوامر الإذنيّه و التشريعيّه، و ظاهر الأمر هو المباشره، و لذا قلنا: إنّ الأصل فى العبادات عدم جواز الاستنابه حتّى يستفاد من الدليل إلغاء جهه المباشره، كما أمر الشارع عليه السّلام الولىّ بإيجاد الحجّ من مال الميّت بالاستيجار و قضاء صلواته الفائته حتّى أنّا مع أنّه جوّزنا فى الحجّ المندوب و الزيارات المندوبه الاستئجار ابتداءً، بخلاف الواجبه بالنذر، فإنّها تجب فيها المباشره.

و إن أردت توضيح المطلب فانظر إلى حال النبىّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم المأذون له التشريع فى الأحكام هل له أن يوكّل غيره فى امتثال أمر اللّه الّذى مفاده الإذن فى التشريع؟

و قصد الوكيل قربه الموكّل غير ممكن لعدم حصول امتثال أوامر النذر منه.

و الحاصل؛ أنّ الإذن و الأمر لشخص فى فعل، ظاهر فى المباشره، و لذا حكموا بعدم جواز التوكيل من الوكيل إلّا بالإذن من الموكّل، أو قيام القرينه، لأنّ الإذن نوع ولايه مطلقا و إثبات ولايه خصوصا فى غير العبد و لا يثبت إلّا لمن نصّ له بذلك.

التوكيل فى المباحات

و أمّا التوكيل فى المباحات؛ فمنها ما هو مباح الأصل.

و منها ما هو مسبوق بملك الغير كالالتقاط و الإحياء.

فالقسم الأوّل قد وقع فيه الخلاف من جهه دلاله أدلّه الإباحه مثل: «من

حاز شيئا فهو له» (۱) على اشتراط صدور الحيازه من الشخص أو يكفى الانتساب، و من أنّ التملّك بالحيازه مفتقر إلى نيّه التملّك أو عدم نيّه عدمه، أو كونه ملكا للغير.

لكنّ الّذى يقوّى الإذن فى النظر هو جواز التوكيل فيه، و اشتراط نيّه التملّك بالحيازه محلّ تأمّل، إذ ليس الدليل عليه إلّا الإجماع المتوهّم، و الإجماع مظنون عدمه، كما فى «الجواهر» (۲)، أو دعوى التبادر من النصوص و لاـ أقلّ من الشكّ و هى واضحه المنع، بل قيل: المتبادر خلافه و هو سببيّه الفعل من غير شرط.

نعم؛ القدر المتيقّن أن لا يكون لاغيا فى فعله، و قوله عليه السّلام: «من حاز» (۳) مباح الأصل المستظهر منه قصد الحيازه.

و أمّا تملّك المحوز فلا، و حصول التملّك و الملك من غير قصد إليه يفعله بعد كونه من الأسباب المملّكه غير مستبعد، إلّا أن يقال بأنّ الأسباب الاختياريّه للملك منوط بالقصد بالاستقراء و بالاعتبار، و الثابت من الدليل كون الفعل مقتضيا جزء سبب له، كما أنّ ألفاظ العقود أو أفعالها كذلك، إذ الثابت كونها مقتضيات لما ترتّب عليها، و اشتراط القصد هناك ضرورى فكذا هنا.

و الحاصل؛ أنّ الدليل على اشتراط نيّه التملّك بالحيازه هنا هو الدليل على اشتراطها فى العقود بالألفاظ، و توهّم كون الحيازه من الأسباب المملّكه قهرا

۱- القواعد الفقهيّه: ۴/ ۱۷۴، مع اختلاف يسير، و انظر! جواهر الكلام: ۲۶/ ۲۹۱.

۲- جواهر الكلام: ۲۷/ ۳۸۱.

۳- مرّ آنفا.

كالموت فى الإرث ضعيف جدّا، و إلّا لوجب ثبوته مع نيّه عدمه، مع أنّه ليس كذلك، كمن حوّل ترابا عن طريق أو حجرا أو نحو ذلك مريدا التمكّن من عبوره أو غير ذلك ممّا لا يريد إدخال المباح تحت اليد، مع كون مثل هذا اليد موجبا للضمان فى موارده.

قال الشيخ فى محكىّ «المبسوط»: و لو نزل قوم أرضا من الموات فحفروا بها بئرا ليشربوا منها و يسقوا غنمهم و مواشيهم مدّه مقامهم بها، و لم يقصدوا التملّك بالإحياء، فإنّهم لا يملكون بالإحياء، بل إنّما يملكون بها إذا قصدوا التملّك، انتهى (۱).

و هذا و إن دلّ على أنّ عدم التملّك من جهه عدم قصد التملّك، لكنّه يدلّ على عدمه مع نيّه عدمه بطريق أولى، فافهم!

بل دعوى الأولويّه [فى] المحيز بما حازه مع عدم القصد بحيث يكون لاغيا فى فعله ممنوعه، كما صرّح به الشهيد فى «الروضه» (۲).

نعم؛ صدر من بعض المحقّقين فى المقام كلام لا يخلو من متانه، فنذكره مزجا بما عندنا من التحقيق، و أنّه بعد ما يستظهر من الأدلّه مثل قوله تعالى:

خَلَقَ لَكُمْ مٰا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً (۳) خرج المملوك للغير المسبوق بالملك، و ظاهر اللام هو التمليك و قوله عليه السّلام: «الناس شركاء فى ثلاثه: النار و الكلأ و الماء» (۴) إنّ المباحات ملك لكافه الناس، فتكون الحيازه نظير أخذ الفقير

۱- المبسوط: ۳/ ۲۸۱، و حكى عنه فى مسالك الإفهام: ۱۲/ ۴۴۵، و فى جواهر الكلام: ۳۸/ ۱۱۷.

۲- الروضه البهيّه: ۷/ ۱۶۰.

۳- البقره (۲): ۲۹.

۴- انظر! وسائل الشيعه: ۲۵/ ۴۱۷ الباب ۵ من أبواب إحياء الموات.

الزکـاه، فکمـا أنّهـا ملـک للفقراء و یملکـه الآخـذ، بمعنی أنّـه یکـون أولی بهـا من غیرهـا، و معنی الأولویّه ثبـوت الملکیّه الغیر المتزاحمه کما کانت قبله، و لا یشترط فی آخذه قصده ذلک، أی الأخذ من حیث إنّه مال الزکاه و یقصد التملّک، بل لا یشترط نیّته أصلا.

نعم؛ یشترط قصـده أو الوکیـل إلی أصـل الفعـل، فکـذلک إثبات الیـد علی المباحات المملوکه المشترکه بقیـد أولویّته بالمعنی المذکور، لکن بشـرط القصد بالحیازه أو إدخال المحوز تحت الحوز و السـلطنه العرفیّه علی نحو أخذ المستحقّ الزکاه، حیث إنّه یجب أن یقصد بالأخذ الدخول تحت الید، بحیث یتصرّف فیها کیف یشاء فیتبعها الملک الشرعی.

و لعلّ هـذا المقـدار من القصـد مراد القائلین باشتراط النیّه، کما قیل (۱)، لکنّ الأمر علی خلافه کما سـمعت من کلام الشیـخ و کلام غیره منهم کذلک (۲).

نعم؛ عبـاره «اللمعه» فی بـاب الإحیـاء: و من حفر بئرا ملـک المـاء بوصوله إلیه، و لو قصـد الانتفاع و المفارقه فهو أولی به ما دام نازلا علیه (۳).

و مثلها عباره «القواعد» لکن بزیاده: لا للتملّک (۴) قبل «قصد الانتفاع» ظاهر فی ما ذکره، فتأمّل!

و أمّـا قصـد تملّکهـا کمـا فی الملتقـط؛ فممنوع اشتراطه، و لو سـلّم اشتراطه فالوکیـل یقصـد تملّک موکّله بحیازته، فنیّه التملّک موجوده، و خصوصا علی ما

۱- جواهر الکلام: ۲۷/ ۴۰۴.

۲- مرّ آنفا.

۳- اللمعه الدمشقیّه: ۱۴۷.

۴- قواعد الأحکام: ۱/ ۲۲۲.

سبق من تحقيق كونها للناس كافّه، و ثبوت الأولويّه بالحيازه مع قصد المحيز الإدخال تحت اليد و السلطنه، و قد قصد هنا دخولها تحت يده الّتى هى يد الموكّل بقصده له.

بل يمكن دعوى السيره من العلماء و غيرهم بذلك، حيث يرى أنّهم يأمرون خدّامهم فى الأسفار فى الأراضى المباحه بحفر البئر و حيازه المباحات لهم، و لا فرق على ذلك بين ما يثبت بالحيازه أو لسبق الأولويّه بالمعنى المذكور و بين ما يثبت بهما الأولويّه بالمعنى الأعمّ، كما فى غير المملوكات كالمساجد أو المملوكات الّتى لا يوجب السبق الملك كالرباط و المدارس، فحيث ثبتت الوكاله ثبت جواز الاستيجار، و [ثبت العقد] الفضولى بعد الإجازه.

و إن توهّم الفرق بين الاستيجار و بينها من جهه أنّها فى الاستيجار يكون منفعه المؤجر للمستأجر فيكون يده يده، بخلاف الوكيل و إن كان بجعل، فإنّها حينئذ جعاله و هى من العقود التضميتيّه- كما حقّق فى محلّه- لا تمليك المنفعه.

و هذا التوهّم ضعيف بعد الإحاطه بما حقّقنا، لتوهّم الفرق بينهما و بين الفضولى من جهه أنّ الثابت من جوازه فى العقود و بعض الإيقاعات، لأنّ مقتضى السببيّه، كما هو شأنها ترتّب مسبّباتها عليها من غير توقّف على شى ء إلّا أن يثبت بدليل تعقيب ترتيبها عليها بطريق الكشف الحكمى و هو غير موجود فى المقام و اللقطه.

و ضعف هذا من جهه أنّ الفضولى منطبق على القواعد غير خارج عنها بالإجماع أو بغيره على ما توهّم، كما عليه أهل التحقيق، فيكون فعله و يده بعد الإجازه فعل المجيز و يده.

فقـد ظهر أنّ فی مسـأله الحیـازه أقوالا أربعه- کما قیل (۱)-: جواز النیـابه مطلقا (۲)، و عـدمه کذلک، و التفصـیل- و هو مختار المحقّق فی «الشرائع» (۳) بین الاستیجار، فالأوّل، و غیره، فالثانی، و بین الفضولی فالثانی، و بین غیره فالأوّل.

و أمّا الکلام فی الالتقـاط و الإحیـاء و هو القسم الثـانی، و إن کـان الثـانی من القسم الأـوّل من وجه، فالظاهر من بعضـهم عـدم الجواز، و لعلّه من جهه استظهار اعتبار المباشره من أدلّتهما إلّا أنّه قیل بأنّه لا یخفی ما فیه إن لم یکن إجماعیّا (۴).

أقول: فی الالتقاط و فی الإحیاء أمر زائد علی ما ذکر فی الحیازه للمنع، و هو اشتراط النیّه للتملّک، کما حکی المحقّق الثانی (۵) و ذلک للمنع و ظهور اعتبار المباشـره، و الأمر هو أنّه فی المقام إثبات ولایه من الشارع وراء الإذن و هو مختصّ بذی الید، و لذا لو التقـط العبـد وجب أن یعرّفه بنفسه أو بنـائبه، و لیس للمولی تکلیف فی المقـام، و الموات ملـک للإمـام و قـد أذن للناس فی إحیائها، لکن إلحاقها بالحیازه أقوی، کما أنّ المنع فی الالتقاط أقوی، و إن کان بنحو الاستیجار.

و أمّا الاختیـار و الرجعه فجواز التوکیل فیهما مبنیّ علی أنّ الملحوظ فی نظر الشارع هو الجهه الراجعه إلی الشـهوات النفسانیّه و الاستمتاع أم لا؟ مثل النکاح، فإنّه و إن کان متضمّنا للاستمتاع إلّا أنّ الملحوظ الأصلی فیه لیس

۱- لاحظ! مفتاح الکرامه: ۷/ ۵۵۹ و ۵۶۰.

۲- و هو ما اخترناه، و خیره «الجواهر» و غیره (جواهر الکلام: ۲۷/ ۳۸۰ و ۳۸۱، جامع المقاصد: ۸/ ۲۱۸) «منه رحمه اللّه».

۳- شرائع الإسلام: ۲/ ۱۹۵.

۴- جواهر الکلام: ۲۷/ ۳۸۱.

۵- جامع المقاصد: ۸/ ۲۱۸.

منحصرا فیه، فلو وکّل فی الاختیار أو الرجعه بمعنی إیقاع صیغتهما کان هذا اللفظ رجعه و اختیارا؛ لکفایه ما یدلّ علیهما التزاما مع عدم الاحتیاج إلی اللفظ.

و إن قیل: أنت مختار فی الرجوع و اختیار أیّتهما شئت، کما لو فوّض تعیین المطلّقه المبهمه- لو قلنا بجواز الطلاق مع عدم تعیین المطلّقه کالشیخ رحمه اللّه (۱)- و لو قلنا بعدم جواز الاستنابه فیهما لا یجوزان من الولی أیضا.

إلّا أن یقال- بل قیل- بأنّ الاختیار فیه یکون منوطا بالمصلحه، کسقوط النفقه من الغیر المختاره فیمکن صدوره من الولیّ بخلاف الرجعه، بل الأمر و المصلحه فیهما علی الخلاف.

و لا یحضرنی کلماتهم فی المقام الآن.

طلاق الغائب

و قال الشیخ رحمه اللّه: لا یجوز طلاق الغائب، و استدلّ له بقوله: «الطلاق بید من أخذ بالساق» (۲).

أقول: یحتمل هذا الکلام لمعان ثلاث:

الأوّل: أنّ مباشره الطلاق بید من أخذ بالساق فلا یجوز من غیره، وکیلا کان أو ولیّا أو فضولیّا، و لذا حکم الشیخ رحمه اللّه بعدم جواز طلاق الولیّ عن المجنون المطبق، خلافا للمشهور (۳)، بل المجمع علیه، کما عن فخر المحقّقین (۴)، و إن

۱- نقله عنه فی الحدائق الناضره: ۲۵/ ۱۸۱، و جواهر الکلام: ۳۲/ ۴۶.

۲- النهایه للشیخ الطوسی: ۵۱۱، الخلاف: ۴/ ۴۲۴، عوالی اللآلی: ۱/ ۲۳۴ الحدیث ۱۳۷.

۳- الخلاف: ۴/ ۴۴۲ المسأله ۲۹.

۴- إیضاح الفوائد: ۳/ ۲۹۲.

ادّعی الشیخ أیضا فی «الخلاف»- علی ما فی الروضه (۱)- الإجماع علی عدم جوازه، لکنّه موهون بما لا یخفی.

و الثانی: أنّ أمره و اختیاره بید من أخذ بالساق نظیر: «لا بیع إلّا فی ملک» (۲) و «لا عتق إلّا [فی] ملک» (۳)، حیث إنّ المراد هناک أنّ أمرهما بید المالک، فیخرج الفضولی و یدخل الوکیل و الولیّ من باب حکومه أدلّه الولایه و الوکاله علیه، کحکومتهما علی أدلّه اشتراط وقوع البیع و العتق من المالک، و إن قام الدلیل علی جواز الفضولی بحیث یکون حاکما علی هذا الکلام، و یوجب حمل الأمر و الاختیار علی اللزوم و ترتیب الأثر، کما ثبت فی نظیره و هو البیع، اتّبع، و إلّا کما هو المفروض فی المقام و العتق فیبطل الفضولی.

و حاصل هذا المعنی أنّ الطلاق و کذا العتق فی قوله: «لا عتق إلّا فی ملک» لا یصدران إلّا من الزوج و المالک أو من قام مقامهما، و قد ثبت بأدلّه الولایه و عموم أدلّه الوکاله قیام الولیّ و الوکیل مقام المولّی علیه و الموکّل، لکن علی هذا المعنی یکون طلاق الولیّ عن المجنون بمقتضی القاعده و عن الصبیّ خارجا عنه بدلیل کالإجماع و بعض الملاحظات فی النکاح، فتأمّل! فیبطل الفضولی.

قیل: عدم القول بالطلاق الفضولیّ، لکونه إیقاعا کالعتق (۴).

و فیه النقض ببعض أفراد الوقف کالمسجد و ما شابهه، سواء کان تحریرا و هو المتّفق علی عدم احتیاج الإیجاب فیه إلی القبول، أو غیره، کأن کان وقفا

۱- الروضه البهیّه: ۶/ ۱۸.

۲- عوالی اللآلی: ۲/ ۲۴۷ الحدیث ۱۶، مع اختلاف یسیر.

۳- عوالی اللآلی: ۲/ ۲۹۹ الحدیث ۴.

۴- لاحظ! جواهر الکلام: ۳۲/ ۱۶.

عامّا كالمدارس و الرباط على المشهور فيه، بل قيل: مجمع عليه أيضا.

و إن توهّم كون القول فى الأوّل هو الأدلّه الآذنه لمثل هذا الوقف، و فى الثانى مثله و قبول وليّه يقينا، و هو الإمام.

و ضعف هـذا التوهم غير محتـاج إلى البيـان، بـل المنـاط فى جواز الفضولى و عـدمه أنّ كلّ عقـد لا يـدخله الخيار بنحو لا يقع الفضولى فيه، و كـلّ عقـد يـدخله الخيار و يمكن وقوعه متزلزلا صـحّ الفضولى فيه، لأنّه قيل: الإجازه متزلزله، فما لم يقبله كيف يصحّ الفضولى فيه، فتدبّر!

و الثـالث: أنّ ولايه الطلاق لمن أخـذ بالساق، فيثبت بهـذا الـدليل ولايه الآخـذ فيه، فالصبىّ لا يجوز له الطلاق فعلا، لكون أفعاله ملغـاه عنـد الشـارع كـأقواله و عبـاراته، لكنّه أخـذ بالساق، فولايته فيه غير منافيه لعـدم نفوذه منه، كالمفلّس و المريض و الراهن، فافهم!

فطلاق الوكيل صحيح، و كذا الفضولى بعد الإجازه؛ لكونه صادرا عن الولىّ الفعلى بتوسّط تفويض الولىّ ولايته فيه إليه سابقا أو لاحقـا، بخلاـف الولىّ، فـإنّ طلاـقه لم يصـدر عمّن هو ولىّ فعلاـ و هـذا الـدليل حاكم على أدلّه الولايه، كما لا يخفى، لاعتبار المباشره أو صدوره عن أمره على هذا المعنى لا عنه أو عمّن هو قائم مقامه، فتدبّر!

و هـذا هو المعروف فى معناه- كما قيل- فليس للمولى طلاق زوجه عبـده إلّا ما خرج بالدليل، فجواز طلاقه عن المجنون لقاعده لا ضرر (۱) أو الإجماع

۱- القواعد الفقهيّه: ۱/ ۲۱۱.

المدّعی و المنقول فی کلام جماعه (۱).

و اعلم! أنّه لو أتی الموکّل فی کلامه [شیئا] من حیث المتعلّق أو الزمان أو المکان فما علم کونه قیدا لجهه المعامله و التصرّف فیکون الغرض مترتّبا علی خصوص المعامله فغیره فضولی غیر مأمور به، و ما علم کونه قیدا لجهه الحفظ، أو علم ذکره من باب المثال من غیر تعلّق غرض به من جهه الحفظ، أو من جهه المعامله [فلیس کذلک].

قالوا: لو عیّن زمانا للمعامله لم یکن للوکیل التجاوز إلی غیره، و یکون الواقع فی غیر ذلک الزمان فضولیّا، لدلاله العرف علی کونه قیدا للرضا بالمعامله بحیث یفهم منه أنّ الغرض المتعلّق به من حیث المعامله، فالمعامله الواقعه فیه مأذون فیها لا غیره، و کذا لو عیّن زیدا أو غیره أو عیّن النقد أو التأجیل، إلّا أن یکون هناک غرض یتعلّق بالتأجیل، کما لو کان زمان غرق أو نهب.

و لو عیّن المکان لم یکن له التجاوز، و یقع العقد فی غیره للموکّل لازما، لکنّه مضمون علی الوکیل قبل العقد بالتخلّف، کما لو خالف فی الودیعه عن موضع الحفظ الّذی عیّنه المالک مع عدم خوف التلف فیه، و عدم کون المنقول إلیه أحفظ أو مساویا، لو قلنا بجواز النقل فیهما، و إلّا- کما هو الأقوی فی الأخیر- لم یجز النقل مطلقا، فیسقط الضمان بالتصرّف المأذون فیه و لا ینتقل إلی البدل؛ لکونه أمرا مسبّبا من امور خاصّه عارضه لمتعلّقه کإثبات الید علیه عدوانا أو الإتلاف مباشره أو تسبیبا لیس من قبیل الشرکه، و تعلّق الحقّ به کالرهن أو الوقف، فحیث کان مأذونا فی نقله و قبض سببه فیده علی العوض غیر عدوان بل

۱- إیضاح الفوائد: ۳/ ۲۹۲، الروضه البهیّه: ۶/ ۱۸.

مـأذون فيه، و لو كـان مقيّـدا لجهه المعـامله أو لجهه الحفـظ، بـل ما كان من باب المثال من غير تعلّق غرض به صحّ العقـد و لا ضمان فيه.

و من هنا اتّضـح ما ذكره الأصـحاب و ورد عليه النصوص (۱) فى بـاب المضـاربه من أنّه لو خالف طريقا عيّنه المالك إلى غيره ضمن، و الربح على الشرط (۲).

هـذا؛ و قـد يقرّر المطلب بوجه آخر و هو أنّه قـد حقّق فى محلّه أنّ الأـمر بالشـى ء على القول باقتضـائه النهى عن ضـدّه لا ينافى القول بصـحّه الضدّ، لجواز أن يكون مطلوبا للشارع مترتّبا على عصـيان العبد و مخالفته للنهى، مثلا النهى عن الصـلاه مع وجوب الإزاله، لا يوجب رفع الأمر و المحبوبيّه عنها.

غايه الأمر أنّها غير محبوبه الآن لأمره بشـى ء آخر فورىّ غير ممكن الاجتماع، فالمبغوضـيّه عرضيّه لها غير ذاتيّه، فلو عصى ذلك الأمر كان ذلك الفعل محبوبا فعلا، كما كان محبوبا ذاتا قبل العصيان.

و نظير ذلـك فى العرف أن يقول المولى لعبـده: اسـكن الـدار و لاـ تـدخل السوق، فإن عصـيت و دخلته فاشتر الشـى ء الفلانى، فتأمّل! فذلك أمر بجهه، فيقتضـى النهى عن غيرها، لكن [إن] عصى و خالف ثبت الضمان من جهه، لكن أصل المعامله محبوب فعلا، حيث وجـد الباذل لأزيـد ممّا عليه المالك أو ثمن المثل فيما لو كان قـد أطلق، فليس هـذا التصـرّف مبغوضا له غير مأذون فيه، و إن كان محبوبيّته مترتّبا على عصيانه.

۱- وسائل الشيعه: ۱۹/ ۱۵ الباب ۱ من كتاب المضاربه.

۲- الحدائق الناضره: ۲۱/ ۲۰۵، جواهر الكلام: ۲۶/ ۳۵۳.

و هذا التقرير إن رجع إلى ما ذكرنا، و إلّا فمحلّ مناقشه.

و قد يقرّر بوجه آخر؛ و هو أنّ ذلك نظير الخوف للضرر الّذى لم يجز معه الصوم أو الحجّ أو مطلق العباده، فكما أنّ النهى عن ارتكاب المخوف ظاهرىّ لاحتمال الضرر، فلو فعل المأمور به المخصّص بهذا النهى الظاهر، و تبيّن أن لم يكن هنا ضرر، تبيّن أن لم يكن نهى و مخصّص، فالأمر يقتضى الإجزاء و سقوط القضاء، فكذلك النهى عن الجهه لاحتمال الضرر و الحظر فيها، فلمّا خالف هذا النهى و لم يترتّب عليه ضرر تبيّن أن لم يكن نهى.

و أنت خبير بأنّ الخوف و احتمال الضرر فى أمثال المقام مأخوذ فى النهى على وجه الموضوعيّه لا على وجه الطريقيّه، و هذا الموضوع قد كان فى زمان ارتكاب المنهىّ موجودا و إن تبيّن عدم الضرر، و لذا لا يجوز الارتكاب، لأنّ الموضوع المنهىّ هو محتمل الضرر أو المظنون لا الضرر المقطوع الواقع.

و لذا قالوا بعدم إمكان قصد التقرّب.

نعم؛ لو لم يلتفت إلى النهى صحّ الفعل مع حصول التقرّب، و ذلك إنّما هو من جهه عدم توجّه النهى الظاهرى إليه فعلاً كالمصلّى الجاهل بالغصب.

فإن قلت: إنّ الجاهل بالموضوع معذور؛ لعدم وجوب الفحص عليه بخلاف الجاهل بالحكم، و لذا حكموا ببطلان صلاه العالم بالغصب الجاهل بالحكم، و فى ما نحن فيه- أعنى إتيان العباده مع الخوف- الجهل من جهه الحكم كما هو المفروض.

نعم؛ لو لم يحتمل الضرر و لا ظنّ، و أتى بالمأمور به صحّ، بلا إشكال، و إن ترتّب عليه الضرر واقعا.

قلت: إنّ الجهل بأمثال هذا الحكم الظاهری مثل الجهل بالموضوع، لأنّ هذا الحكم إرشادیّ و توصّلی إلی عدم الوقوع فی الضرر لا تعبّدی، و الجاهل بالأحكام الإلزامیّه التعبدیّه غیر معذور، و لذا قالوا بأنّ الجاهل بالخیار فی العیوب فی النكاح معذور بالنسبه إلی سقوطه بالتأخیر.

و كذا فی الأمه المعتقه المزوّجه، فإنّ خیارها فی النكاح فوری، و الجاهله بفوریّتها كالجاهل بأصل الخیار معذوره، مع أنّ الجاهل بالفوریّه أو بأصل الحكم فی أمثال الصلاه غیر معذور.

فقد اتّضح أنّ النهی الصادر من المالك صریحا أو اقتضاء من جهه الحفظ و احتمال تلف المال نهی إلزامی، فلا یجوز التعدّی.

و توهّم تبیّن عدم الضرر و التلف یكشف عن عدم ضعف جدا بیّن بطلانه قطعا. و لذا لو تلف بآفه سماویّه غیر مسبّبه عن أمر فی ذلك الطریق المخالف كان مضمونا قطعا، فتدبّر!

قالوا: و یشترط فی الموكّل أن یكون مكلّفا إلّا فی الطلاق و الوصیّه و الوقف، فیصحّ من البالغ عشرا، لأنّه بعد ما ثبت له الولایه فی الامور المذكوره دخل فی ما تقبل النیابه (۱).

و قد مرّ أنّ الأصل فی خطابات الشرع غیر العبادات أن [یكون] قابلا للنیابه، لأنّ الظاهر من إراده فعل حصوله فی الخارج من غیر مدخلیّه للمباشره، و كذا الخطابات العرفیّه إلّا ما كان العرف علی خلافه، كالوكاله و الاستیجار للحجّ أو غیره من العباده.

۱- جواهر الكلام: ۲۷/ ۳۸۷.

مع أنّ الولیّ المأمور من الشارع بإیقاعها عن المیّت مخیّر بین المباشره و الاستنابه، فلا إشکال فی المقام بعد جوازها.

و توهّم اختصاص الجواز فی المباشره ضعیف جدّا.

نعم؛ ذهب جماعه کالمحقّق فی «الشرائع» (۱) و شارحه صاحب «الجواهر» و غیرهما (۲) إلی جواز توکیل مثله فی الامور المذکوره، و لعلّه من جهه أنّ هذه الامور قد ثبت التولّی فیها من الصبیّ البالغ عشرا، فاحتمال اختصاص اعتبار لفظه فیه لنفسه بعید عن مذاق الفقه، بل لو کان الصبیّ البالغ عشرا وکیلا من البالغ الرشید فیها جاز أیضا، کما صرّح بذلک الجماعه (۳).

لکنّه قد یقال بأنّ اعتبار لفظه و توکیله و عدم لغویه عبارته تبعا لنفوذ التصرّفات المذکوره، فاعتبار مباشرته خارج عن القانون المذکور و عن مذاق الفقه، کما قیل (۴)، إلّا أنّ إثبات جواز التولّی فیها و لو لغیره من تلک الأدلّه یحتاج إلی التأمّل.

ألا تری أنّه لم یعتبر قوله مطلقا، بل فی المذکورات، فلیس ذلک إلّا من جهه تبعیّه الأدلّه المجوّزه لها، إذ لا مجال من الإنشاء لها بنفسه أو بغیره، فالقول بجواز توکّله لغیره فیها بالاستنباط موجب للقول باعتبار ألفاظه فی غیرها، و لو کان لنفسه.

۱- شرائع الإسلام: ۲/ ۱۹۷.

۲- جواهر الکلام: ۲۷/ ۳۸۷، جامع المقاصد: ۸/ ۱۸۴، الحدائق الناضره: ۲۲/ ۴۷.

۳- جواهر الکلام: ۲۷/ ۳۸۷، الحدائق الناضره: ۲۲/ ۴۷.

۴- تذکره الفقهاء: ۲/ ۱۱۶ ط. ق، جامع المقاصد: ۸/ ۱۸۴.

توكيل الوكيل غيره

قالوا: و لا يجوز للوكيل أن يوكّل غيره (۱).

أقول: إمّا من جهه أنّ الأصل فى إراده الأفعال المباشره فيها إمّا مطلقا أو فى خصوص الخطابات العرفيّه إلّا ما خرج بالتصريح أو دليل خارج، و إمّا من جهه أنّه و إن كان مقتضى الأصل إراده الإتيان بها من غير تعلّق غرض بإيقاعها مباشره مطلقا إلّا ما خرج، إلّا أنّه العرف مستقرّ على إراده المباشره فى أوامرهم.

و إمّا من جهه أنّ توكيل الوكيل إمّا عن الموكّل و لا إشكال فى عدم جوازه لعدم دلاله «وكّلتك فى بيع دارى» على «وكّلتك فى التوكيل»، لاختلاف المتعلّقين مع عدم قرينه فى المقام كعجزه عنه، أو ترفّع شأنه عن المباشره.

و أمّا عن الوكيل؛ فيمنع إمّا من جهه ظهور قوله: «فى بيع دارى» فى المباشره، كما سبق، لعدم دخول هذا النوع من التصرّف فى المأذون، و إمّا من جهه عدم جواز التوكيل عن الوكيل أصلا، لأنّ الولايه التبعيّه غير قابله للانتقال و التفويض، فلو صرّح بالإذن فى التوكيل انصرف إلى أخذه عن الموكّل، لأنّ الإنشاء اللفظى الّذى فوّض ولايته فيه إليه غير مملوك للوكيل إلّا من إذن المالك، فلا يمكن تفويضه إلى غيره.

و بعباره اخرى: الولايه تابعه للملك و ليس الوكيل مالكا، و لذا يقولون: إنّ للأولياء أن يوكّلوا عمّن لهم الولايه عليهم، فالوكيل يتصرّف عن المالكين بإذن الأولياء لا عنهم، كما أنّهم يتصرّفون عنهم بإذن اللّه تعالى.

۱- المختصر النافع: ۱۷۸، تذكره الفقهاء: ۲/ ۱۱۶ ط. ق.

فهذا قرينه على أنّ الولايه و تفويضها تابعه للملك، و الوكيل ليس مالكا فليس له التوكيل عن نفسه.

و بالجمله؛ قيل: على القول بجواز التوكيل عن الوكيل- و كما هو المشهور- فإمّا أن يصرّح الموكّل بالتوكيل عنه، أو عن الوكيل، أو يطلق، فإمّا أن يحمل الإطلاق على التوكيل عنه أو عن الوكيل، أو على التخيير.

لكنّه لا يخفى أنّه لو قلنا بجواز التوكيل عن الوكيل لا يحمل الإطلاق إلّا على التوكيل عن الموكّل، لأنّه المتبادر منه و المنصرف إليه إطلاق توكيل الأولياء، فتدبّر!

و أمّا ما توهّم من أنّه لو كان الإذن فيه مستفادا من الفحوى كان احتمال كون الوكيل وكيلا عن الوكيل أقوى؛ فضعيف؛ لأنّ الفحوى راجعه إلى اللفظ، فترفّع الوكيل أو عجزه أو اتّساع متعلّقها قرينه على إرادته من قوله: أنت وكيل فى هذه الامور، التوكيل فيها بنفسه أو بغيره، فلا يزيد هذا على التصريح مع الإطلاق.

و قد عرفت أنّ الوليّ المأذون فى التصرّف مطلقا يوكّل غيره عمّن له الولايه عليه.

ثمّ على التقادير المذكوره فى التوكيل الأوّل مع جواز توكيل الغير، فهل يحمل توكيل الوكيل لو أطلق على التوكيل عن الموكّل، أو عن الوكيل؟ وجهان، من أنّ الظاهر من استنابته عن نفسه، و من التبادر، مضافا إلى ما مرّ من تبعيّه الولايه للملك، فتكون الولايه الثابته له عن المالك.

ألا ترى أنّ وكيل الوصيّ إنّما يبيع عن الميّت مع عدم قابليّته للولايه حينه،

لكن بإذن الولىّ، لا عن الوصىّ، لأنّه ليس مالكا حتّى يبيع عنه.

و بالجمله؛ المسأله معنويّه، فإنّ المقصود أنّ هذه الولايه الثابته له بتوكيل الوكيل ولايه عنه، أو عن الموكّل حتّى يترتّب على كلّ أثره، لا لفظيّه، فلا يحتاج إلى التصريح.

نعم؛ يمكن أن يقال: لو صرّح الموكّل بأحدهما و خالف الوكيل فى اللفظ بأن قال الموكّل: خذ عنّى وكيلا فقال له: أنت وكيلى فى هذا الأمر، بطل هذا.

و لو قلنا بأنّ إطلاق الوكيل ينصرف إلى الوكاله عن الموكّل قطعا فصرّح بكونه وكيلا عنه لا عن الموكّل بطل أيضا، لأنّ ما وقع لم يصحّ، و ما صحّ لم يقع، كما لو صرّح الولىّ بالوكاله عن نفسه، فتأمّل (۱)!

قال المحقّق فى «المختصر»: و لا يوكّل العبد إلّا بإذن مولاه و لا الوكيل إلّا أن يؤذن له (۲) و فيه يذكر- تقريبا تنظيرا لما ذكر من تبعيّه الولايه فى التصرّف للمال- ما حقّق فى محلّه من أنّ خيار المجلس حقّ مالىّ تابع للمالك لا للعامّه فلو عقد الوكيلان فالمعتبر مفارقه المالكين لا هما.

نعم؛ لو كان وكيلا عنه فى جميع الامور كالعامل أو لم يكن المالك حاضرا فى مجلس العقد، فالمعتبر مفارقته لا مطلقا، و ذلك بخلاف تفرّق المتعاقدين فى الصرف و التقابض فيه كالخيار فيعتبر تقابض المالكين إمّا بنفسه أو وكيله، فتأمّل!

و لذلك تراهم لا يتعرّضون فى الوكيل فى البيع أنّه [هل] له إسقاط خيار

۱- لكنّ التحقيق أنّه بعد كون المسأله معنويّه و جواز الولايه له عن الموكّل لو صرّح فضلا عمّا لو أطلق بكونه وكيلا عنه صار وكيلا عن الموكّل، فتدبّر! «منه رحمه اللّه».
۲- المختصر النافع: ۱۷۸.

المجلس أم لا، و ليس ذلک إلّا لعدمه له أصلا و عدم دلاله التوکیل فی البیع علی جعل الخیار لنفسه عنه، کما یتعرّضون أنّ له القبض أم لا، و یتعرّضون أنّ للمضارب إسقاط الخیار فی البیع و غیره مع المصلحه أو ظهور الربح.

و قول المحقّق فی «المختصر»: و لا یوکّل العبد إلّا بإذن مولاه و لا الوکیل إلّا أن یؤذن له (۱).

احتمل فی العباره أن یقرأ الفعل فی المقامین مجهولا، فالمعنی إثبات الحکم التکلیفی للموکّل بأن لا یجوز توکیل عبد الغیر إلّا بإذن مولاه، لأنّه تصرّف و إعمال لمال الغیر بغیر إذنه، لکنّه لو فعل عصی العبد لتصرّفه فی لسانه الّذی مال الغیر لکنّه صحّ التصرّف، لأنّ النهی فی المعاملات إن کان راجعا إلی ترتیب آثارها فیوجب فسادها لامتناع وجود المؤثّر بدون الآثار، و إن لم یکن کذلک، بل لقبح فی نفس ذلک التصرّف و التلفّظ مع قطع النظر عن الآثار، أو لانطباق أمر محرّم علیه کالبیع وقت النداء، فلا یوجب الفساد و إن عصی، فبیع العبد لغیر مولاه کالبیع فی الدار المغصوبه.

ثمّ إن کان الفعل الصادر من العبد ممّا له اجره بطل المسمّی إن کان، و یثبت للمالک اجره المثل مطلقا، و یخیّر فی الرجوع بأیّهما شاء، فإن رجع علی الموکّل رجع فی الحال.

و أمّا الوکیل فإن کان وکیلا خاصّا أو عامّا بغیر جعل فلا إشکال فی جواز توکیله، و یکفی فی الأوّل إبطال التوکیل الأوّل، و إن کان خاصّا لازما إمّا بجعل أو بغیره، فإن کان الفعل ممّا لا ینافی العمل الموکّل فیه صحّ التوکیل الثانی و یستحقّ

۱- المختصر النافع: ۱۷۸.

الاـجره إن كان حاله ذلک، لکن لو قیل بأنّ تمام منافعه المتصوّره للغیر، أو فرض کـذلک بأن وقع العقـد الأوّل کـذلک، أمکن القول بثبوت الاجره له لا للوکیل، أو الخیار، و إن کان منافیا له فلا یجوز ذلک من حیث الحکم التکلیفی.

و أمّا الحکم الوضـعی فکما مرّ فی العبد، لکن سـیاق کلام الفقهاء فی مثل هذا المقام فی الإجاره و هنا هکذا، و یجوز للمستأجر و الوکیل أن یعملا لغیر المؤجر و الموکّل إلّا أن یکونا خاصّا.

و قـد سـبق أنّه من جهه ظهورهمـا فی عـدم تعیین المباشـره و المـدّه و إن کـان لهمـا المطـالبه فورا إلّـا فی مـا یلاحـظ فیه بعض الخصوصیّات فی المستأجر، کما لو کان العمل عباده لملاحظه العداله و الدیانه و علمه بالأفعال و المسائل و غیرها.

و إن احتمل فی المسأله وجه آخر، و هو التفصـیل بین ما لو وقع العقـد بلفظ یدلّ علی المباشـره أو علی الأعمّ کاسـتأجرتک، أو تقبّلت.

توکیل الحاکم عن السفهاء و المجانین و البله

قالوا: و للحاکم أن یوکّل عن السفهاء و المجانین و البله من یتولّی (۱).

لا شبهه فی جواز ذلک لهم بعد ما قرّر من ظهور الإذن و تفویض الولایه فی أمر فی حصول ذلک، سواء کان بطریق المباشره أو بالاستنابه، فلا حاجه إلی الاستدلال بالإجماع.

نعم؛ لو قلنا بظهور ذلک فی المباشـره احتجنا فی الخروج عن مقتضـی هذا الأصل إلی الدلیل، لکن لا یخفی أنّ أخذ الوکیل فی الفعل بطریق یکون النظر

۱- المختصر النافع: ۱۷۸.

إليهم لا إلى الوكيل إلّا أن يكون الفعل خاصّا.

و الحاصل؛ أنّ فى أخذهم الوكيل تفصيلا يأتى فى توكيل الوصيّ.

قالوا: يشترط فى الوصىّ أن لا يمنعه الموصى من التوكيل، فيتّبع متّبعه فى العموم و الخصوص، و التفصيل الموعود: أنّ الوصيّ إمّا أن يفوّض الولايه و الأمر إلى الغير فى نفس الأفعال و فى النظر- أى يفوّض التصرّف مطلقا و النظر- و إمّا أن يفوّض التصرّف مطلقا دون النظر مطلقا، و إمّا أن يفوّض التصرّف فى بعض الامور و النظر، أو دون النظر.

و ينبغى بيان مدرك جوازه أو عدمه، فنقول: إن قلنا: إنّ الوصايه تفويض ولايته الدائمه المنقطعه بالموت لو لم يفوّض، فكما كان للموصى التوكيل مطلقا فكذلك للوصىّ، و لو قلنا: إنّ الوصايه تفويض الولايه مع اشتراط نظره بحيث كان هذا الوصف ملحوظا عنده، كما هو الأقوى، و صرّح به العلّامه فى محكيّ بعض كتبه (۱)، فلا يجوز توكيل الامور إلى الغير مع تفويض النظر، و يجوز توكيله فى التصرّفات مطلقا من غير تفويض النظر إليه، بل كان النظر فى كلّ أمر لنفسه، و أولى بالجواز ما لو فوّض بعض الامور دون النظر.

و أمّا لو فوّض التصرّف و النظر فى بعض الامور؛ فلا يبعد القول به حتّى على ما اخترناه، لأنّ تفويض النظر إلى الغير قد يكون مصلحه.

فإن قلت: فيجوز التوكيل فى التصرّف و النظر مطلقا، لأنّ تفويض النظر مصلحه، فلو رأى غيره أبصر فى الامور مطلقا من نفسه جاز.

قلت: إنّ العلم الإجمالى بأصلحيّه نظره فى الامور غير كاف فى تحقّق

۱- تبصره المتعلّمين: ۱۲۹، تذكره الفقهاء: ۲/ ۵۰۸، ط. ق.

المصلحه فی جمیع الامور، فلعلّ فی بعض الامور یری المصلحه علی خلاف ما یراه الوکیل مصلحه.

و أمّا إذا کان الأمر معیّنا کبیع دار معیّنه یمکن أن یکون الوکیل أبصر بالغبطه، و یعلم بذلک الوصیّ فیفوّض النظر إلیه.

فمن ذلک کلّه ینقدح حکم توکیل الحاکم و سائر الأولیاء فی أنّه لا ریب فی اعتبار الشارع نظرهم فی ذلک من غیر إراده مجرّد حصول أفعال القصّر فی الخارج بمباشرتهم أو بإذنهم، فیجی ء فی توکیلهم التفصیل المذکور، فتأمّل جیّدا.

أقسام التوکیل من الحاکم

و أمّا التوکیل من الحاکم فی الخصومات فعلی أقسام:

منها: التوکیل فی المرافعات و استماع الشهود و جرحهم، و الإحلاف و الحکم.

و منها: التوکیل فی استماع الشهود.

و منها: التوکیل فی التحلیف.

و منها: التوکیل فی الحکم.

و منها: التوکیل فی استماع الإقرار.

و لیعلم أوّلا- أنّه لا یجوز توکیل الحاکم لمثله إلّا فی زمان الحضور مع وجود التصریح من الإمام أو قرینه علی الإذن من الإمام و لو فحوی، کاتّساع المتعلّق، و أمّا فی زمان الغیبه فالجمیع سواء، فلیس أحدهما أولی من الآخر حتّی یستحلف غیره.

نعم؛ قد یتصوّر ذلک بناء علی عدم اشتراط بعض الشروط الثمانیه فیه،

كالكتابه أو البصر، فيأخذ حاكما جامعا له.

و قد يتصوّر على القول بإمكان التجزّى، و عدم حجّيّه لدلاله دليل حجّيّه قول المجتهد على المطلق، لظهور قوله عليه السّلام: «عرف أحكامنا» (۱) فى العموم، و كذا سائر سياقاتها، فيأخذ المطلق المتجزّى فى المسأله المجتهد فيها، فتأمّل!

و أمّا استحلاف المقلّد فى نفس [الأمر]؛ فغير صحيح إجماعا، لكونه من وظائف الإمامه فلا يجوز من غير إمام و من نصبه لذلك، و أذن له عموما أو خصوصا.

و أمّا فى استماع البيّنه بعد علمه بشرائطها، لأنّ المناط قيامها بعد التماس المدّعى و إذن الحاكم، و كذا الحلف إذا تعذّر حضور الحالف.

و أمّا التوكيل فى الإقرار؛ فغير جائز، لأنّ أثر الإقرار ليس مترتّبا على سماعه حتّى يوكّل فيه، بل على ثبوته عنده و لو بغير الشاهد بخلاف البيّنه، فإنّ المناط فيها هو استماعها، فلا يكفى علم الحاكم بشهادتها.

نعم؛ لو عيّن شاهدين على استماع إقراره ثبت إقراره بشهادتهما، و لا يثبت بشهاده الواحد، لأنّ المناط ثبوته و هو به غير ممكن، فتدبّر!

و تمام الكلام فى باب القضاء و الشهادات.

اشتراط العقل فى الوكيل و الموكّل

قالوا: و يشترط فى كلّ من الوكيل و الموكّل كمال العقل (۲).

۱- بحار الأنوار: ۲/ ۲۲۰ و ۲۲۱.

۲- المختصر النافع: ۱۷۹.

توضیح الفرق بین المجنون و السفیه و المغفّل و المغصوب الّذی حکموا ببطلان بعض الألفاظ الصادر منه فی ذلک الحال، کالظهار و الإیلاء، و یتوقّف علی رسم مقدّمه، و هی أنّ الأفعال الصادره عن الإنسان علی ثلاثه أقسام- کما حکی عن الغزالی-: اضطراری، و إرادی، و اختیاری.

فالاضطراری: ما لا یستند الفعل إلیه، کوقوع النازل من شاهق- مثلا-.

و الإرادی: ما یصدر عن إراده و مقتضی الطبیعه من غیر سبق بالاختیار، کحرکه الأجفان عند وصول سهم إلیها، أو إراده إهراق شی ء فی العین.

فالتکلیف بالنسبه إلی الأفعال الاضطراریّه قبیح، لأنّه تکلیف بالمحال، و بالنسبه إلی الثانی إن کان ممّا یمکن إزالته و لو بالریاضات أو بغیرها من الامور القاهره علی مقتضی الطبیعه فلیس التکلیف به محالا، و إلّا فلا.

و الفعل الاختیاری ما یصدر منه باختیار و تروّؤ و الالتفات إلیه.

و توضیح ذلک: أنّ کلّ فعل غیر اضطراری إنّما یصدر من الشخص الملتفت بعد الالتفات إلیه و العلم به، ثمّ الالتفات و العلم بآثاره المحبوبه عنده، ثمّ توجب ذلک الأثر المحبوب المرضیّ عنده إرادته إلی الفعل الموجب له، بمعنی العزم علیه، فإن کان ذلک الفعل محتاجا حصوله إلی مقدّمات فیشتغل الإنسان بإیجادها ثمّ بعدها لا بدّ من حصولها من إراده مقارنه له، لیخرج بها عن الغافل و الساهی، فإنّ الاعتبار بالغفله و عدم الغفله بالفعل بتلک النسبه و القصد و الإراده بالفعل، لا الإراده الأوّلیّه الداعیه إلی تحصیل الفعل بمقدّماته.

و لا ینافی ذلک ما بنینا علیه فی العبادات من کون النیّه فیها هو الداعی لا الإخطار، فإنّ المقصود الالتفات إلی الغرض و الأثر الموجب للإراده عند الفعل،

كما عرّفوها بأنّها الإراده المنبعثه المؤثّره فى إيجاد الفعل المنبعثه عمّا فى نفسه من الغايات على وجه يخرج بها عن الساهى و الغافل، ففى الحقيقه مقارنه تلك الإراده المذكوره للفعل موجب لإيجاد نفس [النيّه] بها يكون الفاعل قاصدا، و لذا اعتبروا المقارنه فيها بعد اعتبار النيّه، و ليس هى إلّا القصد.

و أمّا الإراده المنبعثه على تحصيل مقدّمات الفعل المسبوق بالعلم إلى الغايه فهو من لوازم العقل و عدم صدور الفعل من العاقل من غير ملاحظه فائده، و وجود ذلك غير مقارن لنفس الفعل حين وجوده لا يخرج الفاعل عن الساهى و الغافل إلى القاصد.

لكنّ المراد بالنيّه فى العبادات أمر مركّب من القصد إلى الفعل- كما فصّلناه- و إلى التقرّب لاشتراط تحقّق العباده بقصد إتيانها على وجه الامتثال؛ لأنّها ما يتوقّف على قصد القربه.

و أمّا نيّه المأمور به و أوصافه فلم يدلّ دليل على وجوبها، كما صرّح به الشهيد الثانى فى «الروضه» (۱).

نعم؛ لو كان المأمور به متعدّدا اشترط التعيين؛ لتوقّف الامتثال عليه، و لذا ذكر صاحب «الجواهر» فى شرح «الجواهر» المسمّى ب «نجاه العباد» فى كتاب الصوم و غيره: بعد ما ذكرنا أنّه لو نوى شيئا من الأوصاف فى محلّ ضدّه على وجه لا ينافى التعيين و لا يقتضى تغيير النوع صحّ، حتّى لو كان مشرّعا و إن أثم بتشريعه (۲).

۱- الروضه البهيّه: ۱/ ۷۲.

۲- نجاه العباد فى يوم المعاد: ۴۲ و ۱۱۱ و ۱۹۰.

و صدر عن بعض المحشّين عليه من الفحول كالشيخ الراضی و المرتضی ما أوجب إشكالا فی العباره، و إن كان كلامهما أيضا محلّ إشكال، لكنّ المقصود ذكر كلامه قدّس سرّه تقريبا لما ذكرنا، و إن اتّفق مجال نحرّر إن شاء اللّه كلاما مبسوطا لشرح كلامهم، و ليس الآن [مجاله].

و أمّا الاستدامه الحكميّه فمعناها أن لا يقصد فی جزء من العباده غير التقرّب الّذی هو أحد أجزائها، و أن لا يقصد بفعله فعلا يغيّر تلك الإراده المنبعثه، لكنّ الالتفات إليها فی كلّ جزء منها غير لازم، لعدم الإمكان، و [لزوم] العسر و الحرج، بل يكفی وجود تلك الإراده حكما، بحيث لو سئل لقال بها، و لذا لو غفل بحيث خرج عن ذلك بطل.

و كذا لا يقصد بفعله غير الأمر الأوّل الذی نوی امتثاله أوّلا و هذا مراد قولهم: أن لا يقصد فی بعض أفعاله ما ينافيها أو خلافها.

و ممّا ذكرنا فی معنی النيّه للأفعال و المقارنه ظهر أنّه لو نوی الجنب الغسل و ذهب إلی الحمّام و نسی حين الغسل النيّه لم يجز ذلك الغسل.

هذا كلّه فی العبادات، و أمّا المعاملات؛ فاللازم فيها كسائر الأفعال الصادره عن التفات لا بدّ فيها من العلم بالشی ء، ثمّ بغرضه ثمّ الإراده و العزم عليه الموجب للاشتغال بمقدّماته، فإن كان مقدّمته فعلا- كاشفا عنه اعتبر الالتفات إلی ذلك الفعل الدالّ الكاشف، كلفظ البيع و نحوه، فلو صدر من غير التفات كالساهی لغی، و الالتفات إلی المعنی المكشوف عنه فلو لم يلتفت إليه لغی أيضا كالهازل و كون اللفظ كاشفا- أی صريحا- فی المعنی المراد.

ثمّ إنّ الأثر و الغرض الداعی إلی الفعل، و لو حصل من أمر غير مرضیّ- أی

صار أمر غير مرضىّ سببا و داعيا لمحبوبيّه أثر ذلک الفعل- کأن يجبر على إعطاء مال لظالم فيبيع داره من غير [أن] يجبر عليه، فهذا النوع من البيع صحيح، لأنّ الإکراه على مقدّمات الفعل لا على نفسه.

و قد صرّحوا بأنّ مثل هذا الإکراه خارج عن بيع المکره المنعقد على بطلانه الإجماع (۱)، و النصّ (۲)، و لو لم يحصل الغرض و الداعى و لو من أمر غير مرضىّ على بيع ماله بل أوجد الفعل بغير داع فهذا هو المکره الّذى باطل عقده.

ثمّ إن کان الإکراه لحقّ کأن يجبر المحتکر على بيع الطعام، و الممتنع عن إنفاق واجبى النفقه أو المملوک أو قضاء الدين مع يساره، صحّ هذا البيع بلا إشکال، لأنّ المعتبر فى الأفعال الإراده و القصد إليها بحيث يخرج بها عن الساهى و اللاغى و لم يثبت من الأدلّه العامّه غير ذلک.

و أمّا لزوم کون ذلک لداع و غرض، فلم يثبت دليل عليه.

نعم؛ يثبت فى المکره لغير حقّ بالنصّ و الإجماع عدم إمضاء الشارع لعقده، فهو يريد فى قوله: بعتک، النقل و الانتقال بهذا اللفظ الکاشف، لکن لا يريد ترتيب الأثر عليه، لعدم داع له إلّا الإکراه، فلم يمض الشارع إلّا أن يرضى به و لو بعد ذلک، فهو حين العقد کالفضولى، فإنّه أيضا قاصد إلى اللفظ و المعنى باللفظ الکاشف.

و هذا من شروط العاقد لا المالک، لکنّ الرضا بالاشتراط لا بدّ أن يصدر من المالک، فحيث حصل أثّر العقد أثره، فمقتضى إرادته المعنى باللفظ الکاشف

۱- جواهر الکلام: ۲۳/ ۱۰.

۲- وسائل الشيعه: ۱۷/ ۳۳۳ الباب ۱ من أبواب عقد البيع.

فأثره فی الانتقال، لکنّ الشارع اعتبر الرضا و طیب النفس بأثر الفعل فی بعض الموارد.

فظهر أنّ بیع المکره جوازه خارج عن مقتضـی القاعده بالإجماع و النصّ (۱)، و لولاه لما کان للرضا بعـده و تأثیره معنی، و تمام الکلام فی البیع قد حرّرناه.

و إذ قـد ظهر معنی الفعل الاختیاری بأنّه الصادر عن عمد و قصد سواء کان بداع أو بغیر داع، فالفاعل لا عن قصد غیر عاقل، فإن کان بحیث یکون فی جمیع أفعاله التکلیفیّه و المتعلّقه بالأموال و غیرها و أقواله غیر قاصـد إلی ما یصدر منه، و لو کان فی بعض أفعـاله أو أقـواله ممیّزا، فهـذا هـو المجنـون المحجـور علیه المرفوع عنه القلم فی العبـادات و غیرهـا، و إن کـان فی بعض أفعـاله المتعلّقه بالعبادات ککثیر السهو، فهذا معفوّ عنه قلم السهو و حکمه، فلا حکم فیه فی العبادات دون غیرها لأنّه قاصد فی أفعاله.

و لو کـان قاصـدا فی مـا یصـدر عنه لکنّه لغیر داع أو لـداع غیر الـدواعی الّتی توجب صـدور الأفعـال من العقلاء، فهـذا نوع من الجنون، فـإن کـان فی خصوص الأمـوال و مـا یتعلّق بها کـذلک دون ما یتعلّق بالبـدن أو بغیره کالسـفیه، فإنّه قاصـد فی أفعاله و أقواله مطلقـا، لکن قصـده فی ما یتعلّق بالمال غیر مقترن بـداع عقلائی دون ما یتعلّق بالبـدن، فهـذا محجور فی ماله، لأنّه نوع من الجنون، و غیر محجور فی ما یتعلّق بالبدن، فهو مکلّف فی الأحکام البدنیّه دون المالیّه.

لکن لو استلزم الأحکام البدنیّه علی المال تصرّف الولیّ فی المال.

نعم؛ لو أوجب أمرا یوجب أمرا بدنیّا أو مالیّا مخیّرا کالنذر فحنث، کفّر بما

۱- مرّ آنفا.

یتعلّق بالبـدن، و لیس الولیّ مکلّفا بإخراج المال عنه، فحیث إنّ المانع فیه عـدم الـداعی العقلائی فی أمواله و کان محجورا علیه، فلا مانع من توکّله فیما یتعلّق بها لغیره، أو فی ماله بإذن الولیّ.

لکن علی تفصـیل فی مـال الغیر، و هـو أنّه إن فـوّض إیقـاع العقـد دون النظر، فلاـ ریب فی صـحّته، و إن فـوّض النظر مع ذلک فخلاـف، أقربه ذلـک، لأـنّ الموکّل عاقل قاصـد، فلعلّه رأی مصـلحه فی ذلک لنفسه أو لغیره و لا أقلّ من إتلاف ماله لمصـلحه عقلائیّه، و السـفیه کان ممنوعا من التصرّف فی ماله لعدم مبالاته فی إتلافه لغیر غرض عقلائی. و هذا التفصیل جار بعینه فی ماله بالنسبه إلی إذن الولیّ.

قال فی «القواعد»: و لو أذن له الولیّ فإن عیّن صحّ؛ لعدم تفویض النظر إلیه أو فوّض و رأی المصـلحه فی ذلک و إلّا فلغو إلّا أنّ الولیّ غیر مأذون فی إتلاف ماله (۱)، فتأمّل!

نعم؛ لو فرض أنّ هـذا التوکیـل منه سـفاهه و لیس فیه مصـلحه بطـل التوکیـل، لأـنّه داخـل فی المعاملاـت السـفهیّه الّتی لا یجوز التوکیل فیها لعدم الولایه للموکّل فی متعلّق الوکاله.

و الفرق بین معـامله السـفیه و المعامله السـفهیّه أنّ السـفیه لکونه غیر قاصـد فی فعله لغرض عقلائی صار محجورا علیه کلیّا، و لو اتّفق فی قضیّه شخصیّه إن کانت المعامله عقلائیّه، و المعامله السفهیّه ما کانت لغیر داع و مصلحه فی تلک المعامله الخاصّه و إن کان المعامل عاقلا، و الدلیل علی بطلانها عدم شمول الأدلّه

۱- قواعد الأحکام: ۱/ ۱۶۹، ط. ق.

لها، فالبیع المحاباتی إن اشتمل علی مصلحه صحّ و إلّا فلا.

فمن هذا البیع الخاصّ لا یحکم بسفهه، و إن حکم ببطلانه، إلّا أن یحرز ذهاب الملکه المعتبره فی الرشد، کما أنّه لا یحکم فی معامله السفیه- المشتمله علی الإصلاح و المصلحه فی تلک المعامله الشخصیّه- برشده، إلّا أن یحرز کشفه عن الملکه فیتبعه صحّه المعامله و عدمها.

لکنّ الفرق بین العقل و السفه ثابت فی ابتداء البلوغ، فیحکم بالعقل مع الشکّ، دون السفه، و ذلک لأنّ الأصل فی الإنسان العقل، و ذلک من جهه الغلبه أو من جهه أنّه بمقتضی الآیات فِطْرَتَ اللّهِ الَّتِی فَطَرَ النّاسَ عَلَیْها (۱) و غیرها (۲) و الأخبار (۳) لتخمیر الإنسان من العقل، قد ثبت أنّ الاستعداد ثابت فی کلّ إنسان، فکلّ إنسان عاقل، إلّا أنّ الصبیّ الممیّز قد الغیت أفعاله و إن کان عاقلا، فإذا بلغ ارتفع الحجر عنه مع وجود المقتضی فیه، و الشکّ فی الرافع هل اختصّ ذلک الاستعداد أم لا؟ و الأصل عدمه.

و أمّا السفه، و إن کان مقتضی القاعده کذلک، إلّا أنّ الشارع أوجب إحراز عدم المانع قبل البلوغ، فقال وَ ابْتَلُوا الْیَتامی حَتّی إِذا بَلَغُوا النِّکاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَیْهِمْ أَمْوالَهُمْ (۴) فقبل الإحراز لا یجوز، فهو بالنسبه إلی التکالیف بعد البلوغ غیر متوقّف علی إحراز عقله، فیجیزه الولیّ، لکنّه بالنسبه إلی التکالیف المالیّه محجور لا یجوز للولی إیکال اموره إلی نفسه إلّا أن یحرز إصلاحه فی ماله.

۱- الروم (۳۰): ۳۰.

۲- البقره (۲): ۱۳۸.

۳- انظر! بحار الأنوار: ۱/ ۸۶ الحدیث ۸، و ۹۶ الباب ۲، و ۳/ ۲۷۶ الباب ۱۱.

۴- النساء (۴): ۶.

ثمّ إنّه لا فرق فی وجوب کون صدور الأفعال مسبوقا بتعقّل داع، بین ما یکون الداعی أمرا مباحا أو أمرا محرّما، فالعاصی لیس بسفیه، لأنّه یلاحظ فی أفعاله غرضا و مصلحه یرتّب علیه أمثاله من العقلاء أفعالا، و لو کانت المصلحه معصیه أو کان نفس الفعل معصیه کالزنا، فإنّ المقصود منه استلذاذ النفس و إن کان محرّما علی هذا الوجه لکنّه یترتّب علی مثله من الأغراض النفسانیّه أفعال.

نعم؛ لو کان البالغ فی أوّل بلوغه صارفا ماله فی الجهه المحرّمه ینکشف عن عدم الملکه- فتأمّل!- لو لم یکشف الملکه تغیّره، و لو عرض للإنسان أحیانا حاله أوجبت صدور فعل عنه بغیر قصد أو بغیر داع کالمغضب بقسمیه لهیجان سودائه و غلبته، فهذا بالنسبه إلی الأفعال الصادره منه فی تلک الحاله محجور علیه مرفوع القلم [عنه] غیر مترتّب علیها الأحکام الوضعیّه، فلو طلّق أو ظاهر أو آلی، بطل، لکنّه لا یخرج عن حدود التکالیف.

فمعنی کمال العقل أن یکون قاصدا فی أقواله و أفعاله مطلقا، صادره عنه لداع و غرض عقلائی رافعا عنه الحجر، ممضیّ منه تلک الأفعال و الأقوال و هو البالغ العاقل الرشید.

فائده

قالوا: و لا یضمن صاحب الحمّام الثیاب (۱).

أقول: توضیح المطلب یتوقّف علی مقدّمتین:

الاولی: بما أن عدم کون ما فی الحمام داخلا تحت ید الحمامی ما دام

۱- النهایه للشیخ الطوسی: ۴۴۹، السرائر: ۲/ ۴۷۰، المختصر النافع: ۱۷۷، شرائع الإسلام: ۲/ ۱۸۸.

الناس فيه شرعا فى كونهم مأذونين فى دخوله و خروجه، بحيث يكون كالشارع لهم لا- إذا منعهم أو أقفل باب الحمّام، و لذا ذكروا: إنّ ما يوجد فى الحمّام كاللقطه لا يملكه الحمّامى كما يملكه غيره فى ملكه.

و الضابطه أنّ ما يوجد فى صندوق المالك أو داره أو غيرهما من أملاكه و لا يعرفه فهو لقطه، مع مشاركه الغير و لا معه حاصل له، فما يوجد فى الحمّام لقطه ما دام المشاركه، لا بدونها.

الثانيه: لا يكفى فى العقود اللازمه و غيرها الإذنيّه و التمليكيه شاهد الحال، بل لا بدّ فيها من كاشف قولىّ أو فعلىّ، و لذا لو علم شخص رضا أخيه بأن يكون ماله ملكا له بعوض أو لا معه؛ لم يصحّ له التصرّف فيه بنقل أو غيره.

نعم؛ يكفى شاهد الحال فى جواز التصرّف، بحيث يستند الإذن إليه فى غير ما تضمّنته الآيه، و فيه حتّى مع جهل الحال بالرضا و عدمه؛ للإذن شرعا، كالأكل ممّا يمرّ به من ثمره النخل و الفواكه و الزرع مع عدم الإفساد و الحمل، حيث إنّ الإذن من الشارع فى صوره الجهل بالحال جوّز التصرّف، بخلاف ما لو علم حال المالك فى المقامين، فإنّه غير صحيح فيه التصرّف، و لما ذكرنا لو طرح شيئا عنده لم تصر وديعه و إن قصد الدافع الوديعه، بل [و لو] أوقع الإيجاب؛ لعدم حصول القبول و لو فعلا من المدفوع عنده.

نعم؛ لو طرحها فى ملكه عنده بحيث يكون تحت يده، يجب حفظه لو غاب المالك و خيف عليها التلف من باب المعاونه على البرّ، لكن لا- ضمان عليه، لكونه مستأمنا من جانب الشارع و لا- يصير بقبضه بعد وجوبه وديعه لعدم الكاشف لقبول ذلك الإيجاب الّذى حصل بعد غياب الموجب، فافهم.

إذا تقرّر ذلک فنقول: إنّه لا يجب على الحمّامى حفظ ما وضعه السالخ من الثياب و لا ما وجد فيه بل يكون لقطه، بل يكره أخذها، بل يكون هو و غيره شرعا فى ذلک.

أمّا الأوّل، فلعدم كون الحمّام كالملک العامّ، فلم يدخل الثياب تحت يده حتّى يجب عليه الحفظ من باب المعاونه، فلا يتوجّه دعوى التفريط من المالک إليه، لو لم يحصل منه إيجاب ک (احفظها) و لا يضمن بترک الحفظ، فلا يقال: إنّ طرح الثياب عنده إيجاب للوديعه عنده مع سكوته، و مشاهدته قبول منه، فيجب عليه الحفظ لما ذكر إن لم نقل بصيرورتها وديعه بذلک، أى بسبب طرحها فى ملكه مع عدم الردّ.

فإن قلت: كما أنّ إلقاء الإزار فى الحمّام ردّ للأمانه الّتى وقع إيجابها بالإعطاء أو الطرح، كذلک إلقاء الثياب عند الحمّامى كاف فى الإيجاب، و سكوت الحمّامى كاف فى قبوله.

قلت: إنّ سكوته مع اطّلاعه و عدم مطالبته قرينه على الرضا بذلک و إسقاط لحقّه، بخلاف السكوت عند نزع الثياب، فإنّه لا يكفى فى ثبوت الحقّ على نفسه و تحقّق القبول منه.

و الحاصل؛ إنّه يكفى عن الإسقاط السكوت مع المشاهده، نعم؛ لو لم يشاهد الإزار حال إلقائه توجّه ضمانه له حتّى يثبت الردّ.

ضابطه فی تعیین المنکر و المدّعی

و المشهور فی بیان الضابط أنّ المدّعی من خالف قوله الظاهر أو الأصل، و مقابله المنکر، فوقعوا من ذلک فی موارد الیمین المتّفق علیها فیها لتوجیهها علیها، فی تکلّفات غیر مرضیّه و لا محصّله.

و التحقیق علی ما حصّلناه من مواردها و الأخبار فی میزان المنکر، أنّ [المنکر] من وافق قوله الأصل أو الظاهر أو أماره، کالید، أو قاعدتی الإحسان، و الأمانه، و تخلید الحبس، و کون أمر المدّعی أمرا لا یعلم إلّا من قبله، أو غیرها لتعذّر إقامه البیّنه الشرعیّه (۱).

فمثال الأوّل: ما لو ادّعی شخص علی أحد دینا.

و الثانی: کما لو ادّعی الزوج عدم الدخول و الزوجه تدّعیه، فالقول قولها مع الخلوه التامّه علی ما استقر به الشهید فی «اللمعه» (۲) عملا بالظاهر مع ورود الأخبار الدالّه علی وجوب المهر بالخلوه التامّه (۳) بحملها علی کونه دخل بشهاده الظاهر، و إن کان الأشهر تقدیم قوله مطلقا ترجیحا للأصل، إلّا أنّ المقصود بیان توجّه الیمین علی من وافق قوله الظاهر مع مخالفته للأصل فی الجمله.

و من هذا القبیل: ما لو ادّعی زوجیّه امرأه و ادّعت اختها علیه الزوجیّه مع الدخول بالمدّعیه فیما لو لم یکن بیّنه لأحدهما، أو مع تعارض البیّنه مع عدم

۱- قیل: و یجمع ما ذکرنا تعریف المشهور المدّعی بالّذی یترک لو ترک الخصومه، و المنکر مقابله، «منه رحمه اللّه».

۲- اللمعه الدمشقیّه: ۱۱۷.

۳- لاحظ! وسائل الشیعه: ۲۱/ ۳۲۱ الحدیث ۲۷۱۹۱، و ۳۲۲ الحدیث ۲۷۱۹۲ و ۲۷۱۹۳.

تقدّم تأريخ بيّنه، فإنّ الحكم تقديم قول المدّعيه بالظاهر على ما هو المشهور، و ما ذكروا فى بيان اشتراط تعيين الزوج و الزوجه أنّه لو كانت له بنات و زوّجه واحده و أبهم و عيّن فى نفسه و اختلفا فى المعقود عليها حلف الأب، إلّا إذا كان الزوج رآهنّ و إلّا بطل العقد (۱).

و الثالث: كما لو ثبت كون العين مثلاـ فى يد عمرو سابقا مع كونها فى الحال فى يد زيد، فإنّ الحكم هو أنّ استصحاب اليد الحاليّه مقدّم على استصحاب اليد القديمه، فليثبت ذو اليد القديمه غصبيّتها، سواء قلنا بكونها من الأمارات المنصوبه دليلا على الملكيّه؛ لغلبه كون ذى اليد فى مواردها مالكا أو نائبا عنه، و قلّه اليد الغير المستقلّه بالنسبه إليها، و أنّ الشارع اعتبرها- أى الغلبه- تسهيلا على العباد و قد حقّق فى الأصول أنّ أدلّه الأمارات حاكمه على أدلّه الاستصحاب و ليس تخصيصا، و لا متخصّصه و لا مخصّصه بها.

أو قلنا بأنّ اليد غير كاشفه بنفسها عن الملكيّه، أو كاشفه لكن اعتبارها ليس من باب الكشف بل جعلها فى موارد الشكّ تعبّدا لتوقّف الانتظام و استقامه امور العباد على اعتبارها، نظير أصاله الطهاره، كما يشير إليه قوله فى ذيل روايه حفص بن غياث الدالّه على الحكم بالملكيّه على ما بيد المسلمين «و لو لا ذلك لما قام للمسلمين سوق» (۲).

و لذا لو لم يكن لذى اليد مدّع حكم بها له و يترتّب عليه آثار الملكيّه، و إن علم سبق ملكيّه الغير.

۱- النهايه للشيخ الطوسى: ۴۶۸، المهذّب لابن البراج: ۲/ ۱۹۶، المختصر النافع: ۱۹۴.

۲- وسائل الشيعه: ۲۷/ ۲۹۲ الحديث ۳۳۷۸۰، مع اختلاف يسير.

نعم؛ لو اعترف بسبق الملک له انتزعت العین من یده حتّی یثبت الناقل، و ذلک لیس من باب تقدیم الاستصحاب علی الید، بل من جهه أنّه باعترافه بذلک صار مدّعیا و المدّعی منکرا فعلیه البیّنه.

ألا تری أنّه لو لم یعترف بذلک و تمسّک فی ملکیّته بالید لم تنقض الید و إن علم الحاکم سبق ید المدّعی علیه، فافهم!

و بالجمله؛ فکون ذی الید منکرا و توجّه الیمین علیه مع کون قوله مخالفا للأصل فی مورد العلم بسبق ملک الغیر، لمکان الید، و لو قیل: إنّ دلیل اعتبارها أبطل الأصل السابق فلیس هناک أصل حتّی یلزم مخالفه الأصل المعتبر.

ففیه مع أنّه کلام ظاهری إلّا أن یرجع إلی ما حقّقناه من الحکومه ففیه ثبوت المطلوب علی أیّ تقدیر؛ إذ هو کون المنکر متوجّها علیه الیمین لوجود الید، سواء کان هناک مخالفه أصل أم لم یکن أصل هناک أصلا، فافهم!

و من الرابع: تقدیم قول الودعیّ فی الردّ، توضیحه: إن أخذه لمجرّد مصلحه الدافع فهو محسن محض، و مَا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ (۱)، مع أنّ بناء الودیعه علی الإخفاء، و لذا لو لم یشهد فی الردّ لم یضمن، فلو لم یقبل قوله فی ذلک لسدّ باب هذا المعروف.

و من الخامس: تقدیم قول الأمین فی الأمانات الشرعیّه و المالکیّه فی التلف، مع أنّ الأصل عدمه فإنّ ذلک لمکان الأمانه، و لیس علی الأمین ضمان، فتأمّل.

و من السادس: تقدیم قول الغاصب فی التلف مع کون الأصل عدمه، و ذلک لأنّه لو لم یقدّم قوله فی دعواه ذلک و کلّف بردّ العین و کان فی الواقع صادقا، لزم

۱- التوبه (۹): ۹۱.

تخلیده فی الحبس و کذا فی دعوی الإعسار إذا کان الدعوی بغیر مال.

و من السابع: تقدیم قول الدائن الّذی علیه دینان مرهون بهما، أو مرهون بأحدهما دون الآخر، فدفع إلی المدیون أحدهما و أطلق فی ما قصده، و ذلک لکون الأمر ممّا لا یعلم إلّا من قبله، مع کون الأصل خلافه، و إن کان معارضا بمثله.

و کذا تقدیم قول الزوج فی ما لو دفع إلیها شیئا من جنس مهرها أنّه قصد به مهرها.

و بالجمله؛ تقدیم قول الدافع علی الآخذ فیما قصده غیر عزیز فی أبواب الفقه مع کون الأصل بخلافه و هو أصاله اشتغال ذمّه الدافع فیما لو کان، و أمّا کون الأصل خلاف ما یدّعیه الدافع فمعارض بمثله دائما، و کسماع دعوی المعیر فی دعواه الإعسار لو کان أصل الدعوی بغیر مال و القناعه بحلف فتأمّل! مع کون الأصل عدم الإعسار، فتأمّل!

و أمّا غیر المذکورات من أسباب الإنکار فلم یحضرنی الآن مثاله کأصاله الصحّه فی الأحکام و الموضوعات و کتقدیم قول المشتری فی قدر الثمن لو اختلف هو و الشفیع للقهر علیه بإزاله الملک من یده قهرا علیه، فافهم. و کما فی اختلاف المعتق نصیبه من العبد المشترک بینه و بین غیره معه فی قیمته.

تذنیب

معنی قوله علیه السّلام: «البیّنه علی المدّعی و الیمین علی من أنکر» (۱) إلزام المدّعی

۱- مستدرک الوسائل: ۱۷/ ۳۶۸ الحدیث ۲۱۶۰۱.

على إقامتها و رخصه المنكر فى رفع الاحتمال و سقوط المخاصمه بيمينه، و السبب فى ذلك أنّ المدّعى دائما يدّعى أمرا على خلاف الدليل و المنكر يدّعى أمرا مع دليل أو أصل أو أماره أو ظاهر يكون حجّه بورود الأخبار على تقديمه لا مطلقا، و لذا يقدّم الأصل على الظاهر فى غير ما ورد من الشرع حجّيته- فافهم- فالزم المدّعى على دليل رافع لدليل المنكر الظاهرى المستند إليه دعواه و قنع من المنكر لاحتمال كون الواقع خلاف ما يقتضيه دليله فى الظاهر لو ردّ دليل المدّعى عليه، و لذا يقدّم قوله مع البيّنه بلا إشكال، مع كون المنكر مستندا إلى دليل.

فلو أقام المنكر بيّنه سمع منه، و لذا ذكر فى «الدروس» أنّه لو التمس ذو اليد من الحاكم أن يستمع لشهوده للتسجيل جاز له ذلك، و إن لم يكن هناك مدّع بالفعل (۱).

و بالجمله؛ معنى الروايه: أنّ من كان معه أصل- أى دليل اجتهادى أو فقاهتى- سواء كان دليلا لفظيّا أو غيره، أو كان قوله حجّه لحكم الشارع بها، أو استلزم سماع دعوى مقابله محذورا، كتخليد الحبس فى باب الغصب و غيره، أو عدم إمكان صدق دعواه، كما لو كان المدّعى به أمرا لا يعلم إلّا من قبل الفاعل و لم يدّع إقراره بما يدّعيه من قصده (۲).

۱- الدروس الشرعيّه: ۲/ ۷۷.

۲- هنا بياض فى الأصل.

التنازع بين الوكيل و الموكّل

قال المحقّق فى «المختصر النافع»: و لو تنازعا فى الاستيجار فالقول قول المنكر مع يمينه (۱).

أقول: إمّـا أن يكون النزاع قبـل استيفـاء شـی ء من المنفعه أو بعـده أو بعـد استيفـاء الجميع، و فى كـلّ من التقـادير إمّا أن يكون المـدّعى المالـك أو المسـتأجر، و يتصوّر النزاع فى كـلّ من الصور الستّ، أمّـا لو كـان المـدّعى المالـك فقبل الاستيفاء يـدّعى اسـتحقاق الاـجره بانتقال المنفعه إليه، فهنا إذا حلف، حكم بانفساخها ظاهرا و يتصـرّف فيها قصاصا، إلّا أنّها لو كانت اجره مثلها أزيد من المسـمّى وجب عليه- لو كان صادقا- أن يدسّ الزائد فى مال المستأجر، و إن كانت الاجره أنقص من المسمّى فله أخذ الناقص متى تمكّن مقاصّه، هذا على القول بالانفساخ ظاهرا.

لكنّ التحقيق هو الانفساخ واقعا، كما سيجى ء.

و إن كان بعد استيفائها أجمع فكذلك المالك يدّعى الاجره و المسـتأجر ينفيها، فإن ادّعى مع ذلك جواز تصـرّفه فيها مجّانا إمّا عـاريه أو غيرها، بأن كان جوابه لـدعوى المالك أنّها عاريه أو سـكنى، و نعنى بها الجائزه لا اللازمه فإنّها مورد التحالف، كما لا يخفى.

فقد قيل: إنّ المشـهور بعد حلفه سقوط الاجره، لأصاله براءه ذمّته، كما هو ظاهر إطلاقهم لحلف الراكب و سقوط الاجره فيما لو قال الراكب: أعرتنيها، و قال

۱- المختصر النافع: ۱۷۷.

المالک: آجرتکها (۱).

و قیل فی مثل المقام کالمثال المفروض فی کلماتهم: بل یحلف المالک، لأنّ المنافع أموال کالأعیان، فهی بالأصاله للمالک، فادّعاء غیره لها بغیر عوض علی خلاف الأصل (۲)، فیوجّه الحلف علیه فی عدم إذنه للتصرّف و الاستیفاء و عدم الانتقال إلیه مجّانا- مثلا- فافهم.

و قوّاه الشهید الأوّل مع إثباته له اجره المثل إلّا أن تزید علی ما ادّعاه (۳).

و فیه نظر؛ إذ النزاع فی السبب و هو الإجاره و العاریه، و یتفرّع علی کلّ منهما أثر شرعیّ، فأصاله العدم جاریه بالنسبه إلی کلّ منهما إلّا أنّ أصاله عدم العاریه الّتی هی مع المالک لا یترتّب علیه أثر إلّا بعد ثبوت الإجاره، أو تکون المنفعه مالا محترما لمالک العین، کما قرّره الشهید الثانی فی وجه تقویه الشهید الأوّل (۴)، و هذا أصل مثبت غیر معتبر عند أکثر الاصولیّین، کما هو المحقّق فی محلّه.

و أمّا أصاله عدم الإجاره الّتی مع المنکر للإجاره فالأثر المترتّب علیها بلا واسطه و هو عدم الضمان لها، إلّا أن یقال: إنّ مجرّد نفی الإجاره لا یستلزم نفیه، إلّا أن یثبت کونها مجّانا و هو غیر معلوم، بل المعلوم هنا خلافه، لاستیفائها مع کونها للمالک و أصاله البراءه مورووده بالنسبه إلی الدلیل الاجتهادی، و هو أصاله ضمان الأموال الّتی منها المنافع.

۱- الخلاف: ۳/ ۳۸۸ المسأله ۲.

۲- مسالک الإفهام: ۵/ ۱۶۴، الروضه البهیّه: ۴/ ۲۶۹.

۳- اللمعه الدمشقیّه: ۹۱.

۴- الروضه البهیّه: ۴/ ۲۷۰- ۲۷۱.

أو يقال بأنّ الأصل المثبت معتبر عند المشهور، كما يظهر من فروعهم المذكوره فی أبواب الفقه فی آخرها فی مسأله التنازع.

أو يقال بأنّ الأصل المثبت إذا كانت الواسطه خفيّه فلا شبهه فی اعتبارها، و الواسطه بين أصاله عدم العاريه و الضمان خفيّه، فتأمّل!

و الحاصل؛ أنّ الأصلين متماثلان، لكونهما أصلين مثبتين إمّا معتبرين أو غير معتبرين، فيتساقطان، فيرجع إلى الأصل الموجود فی المقام إن لم يكن دليل فيه، و إلّا فهو المرجع، كما فی ما نحن فيه، فيتمّ كلام الشهيد و من تابعه.

و ظنّی أنّ مراد المشهور من إطلاقهم لتلك المسأله إنّما هو صوره عدم استيفاء المنفعه أو بعد استيفاء شی ء منها، لكن بالنسبه إلى ما بعد، لا بالنسبه إلى ما قبل، فتأمّل جيّدا!

و إن لم يكن جواب المستأجر ما يوجب المجانيّه توجّه اليمين عليه و يحكم بعدم وقوع العقد، فإن كان قبض اجره المسمّی المتعيّنه وجب عليه ردّها إن كان مغايرا لاجره المثل، لأنّ اليمين ذهبت بما فيه و طالبه اجره المثل، و إن كان من جنسه لزم المالك أخذه إن أذن له المستأجر أو لم يكن قبضها فدفعها إليه، و إن لم يقبضها جاز له التصرّف فيه مقاصّه.

و من هاتين الصورتين يتّضح حكم الصوره الثالثه، و هو ما لو كان النزاع فی الأثناء، فبالنسبه إلى المدّه الماضيه يأتی حكم الصوره الثانيه، و بالنسبه إلى المدّه الباقيه يأتی حكم الاولی، و لكن بحلف واحد يستحقّ اجره مثل المدّه الماضيه و ينفسخ بالنسبه إلى الباقيه.

و لو كان المدّعی المستأجر و كان قبل الاستيفاء كان مقصوده المنفعه فإذا

حلف المؤجر رجعت الأجره إلى المستأجر، فيتصرّف فيها مقاصّه.

فإن قلت: إنّ المقاصّه بعد اليمين غير جائزه لذهابها بما فيها.

قلت: ليس هذه المقاصّه من الّتى تحرم بعدها، إذ ليس الواجب بعد الحلف و لا وجوب التصديق و ترتيب آثار الصدق عليه، فإذا حلف المديون على عدم اشتغال ذمّته لزيد مثلا، فلا يجوز له المقاصّه و الأخذ من مال المديون لوجوب تصديقه المنافى لذلك، و أخذ المستأجر الاجره لا ينافى صدق المؤجر الحالف على عدم استحقاق المستأجر للمنفعه، و إن كان بعد استيفاء المنفعه.

فإن أنكر المؤجر لادّعائه اجره المثل، و ذلك حيث أنكر الإذن فى التصرّف فتوجّه الدعوى ظاهر، و إن اعترف بالإذن فإن لم يترتّب على الدعوى أثر، مثل أن يقول المالك: أعرتكها، فيقول المستأجر: بل آجرتنيها، لم يسمع الدعوى، لعدم كونها ملزمه لشى ء، و إن ترتّب عليها أثر مثل أن كانت الإجاره مشروطه فى عقد لازم على المستأجر، فيقول المستأجر: وفيت بالشرط، فينكره المؤجر، فمقصود المستأجر عدم ثبوت الخيار للمؤجر و هو يثبته.

و لذا لو كان النزاع بعد انقضاء مدّه، لكن المنفعه غير مستوفاه للمستأجر و كانت العين فى تلك المدّه فى يده توجّهت الدعوى أيضا مع اعترافه بالإذن إن رتّب عليها أثر، مثل أن كان جواب المؤجر كونها سكنى و قد شرطت تلك على المؤجر فى عقد لازم، فيقول المستأجر: ما وفيت بشرطك فلى الخيار، لكون العين مستأجره، فيقول المؤجر: كانت هى سكنى فلا خيار.

و من الصورتين يعلم حكم النزاع بعد استيفاء شى ء من المنفعه، فليتأمّل!

لكن ليعلم أنّ انفساخ العقد بعد الحلف لو كان هنا فى الواقع من أىّ سبب

هو أ واقعی أم ظاهری، و الّذی ينبغی أن يقال- و هو المستظهر من كلماتهم و المصرّح من بعضهم (۱)- هو الانفساخ الواقعی، و ذلک لتنزّل تعذّر العوض بعد الحلف منزله التلف، بل التعذّر الشرعی أقوی من التعذّر الواقعی، فينفسخ العقد.

و قيل: بل يتخيّر غير الحالف، لتعذّر تسليم العوض بالحلف بين الفسخ و الإمضاء (۲)، و على هذا يتوجّه جميع ما سبق من وجوب الدسّ و جواز المقاصّه فی صوره الزياده و النقيصه لو لم يفسخ.

و أمّا لو فسخ- أو قلنا بالانفساخ- فمقتضاهما رجوع كلّ عوض إلى مالكه.

ثمّ اعلم! أنّ الإنكار فی باب الوديعه و الأمانه موجب للضمان، لكون المنكر به خائنا، فلا يسمع دعواه بعد ذلک التلف أو الردّ، لكنّه إذا كان متعلّق الإنكار موضوع الأمانه، بأن يقول: ليس عندی شی ء و أمّا إن كان متعلّقه الأمانيّه فليس الإنكار موجبا لضمانه، و لذا لو أنكر الإجاره لم يضمن؛ لإنكاره الأمانيّه الثابته بالإجاره لا نفس العين المستأجره.

ثمّ إنّه فی جميع صور إنكار المالک للإجاره و الإذن تكون العين مضمونه لعموم «على اليد» (۳) من غير استيمان من المالک أو غيره.

و فی جميع صور إنكار المستأجر و ادّعاء المؤجر لها لا- يحكم بضمانها، لاعتراف المالک بكونها أمانه، إلّا أن يدّعی إجاره مضمونه، و قلنا بصحّتها- كما

۱- المهذّب لابن البرّاج: ۱/ ۴۷۴.

۲- جواهر الكلام: ۲۷/ ۲۰۶.

۳- عوالی اللآلی: ۱/ ۲۲۴ الحديث ۱۰۶، و ۳۸۹ الحديث ۲۲، و ۲/ ۳۴۵ الحديث ۱۰، و ۳/ ۲۴۶ الحديث ۲، و ۲۵۱ الحديث ۳.

اختارها السیّد صاحب «الریاض» (۱)- فتکون أیضا مضمونه.

و اعلم أیضا! أنّ الحکم بالانفساخ فی الصور الممکن فیها ذلک بعد الحلف أو التحالف؛ لتعذّر تسلّم العوض إنّما هو فی ما إذا کان النزاع قبل الاستیفاء لا بعده، فإنّ الانفساخ بالنسبه إلی المدّه الماضیه المستوفاه غیر متصوّر، و لذا لو کانت الاجره المسمّاه المدّعی بها معیّنه لم ترجع بعد الحلف إلی المستأجر، و لم یحکم أحد بذلک، بل أجروا علیها حکم مجهول المالک مع ثبوت اجره المثل علیه للمنافع و لدخولها تحتها بتبعیّه العین- فتأمّل!- و لقاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» (۲)، فکما أنّ المنفعه کانت مضمونه علی المستأجر لو کانت الإجاره صحیحه و إن لم یستوفها، کذلک مضمونه علیه مع فسادها.

هذا لو قلنا بأنّ تلک القاعده من باب الإقدام، کما یستظهر من الشیخ رحمه اللّه (۳).

و أمّا إن قلنا بها من باب الید أو احترام الأموال- کما هو الظاهر المبیّن فی محلّه- فالدلیل هو عموم «علی الید» (۴) إن قلنا بشمولها للمنافع، و قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلم:

«لا یحلّ مال امرئ إلّا بطیب نفسه» (۵) بناء علی صدق المال علی المنفعه، کما هو الأقوی.

فإن قیل: إنّ المنافع المستوفاه فی البیع الفاسد لقاعده «علی الید» (۶) أو الإتلاف، و فی الإجاره الفاسده مضمونه لقاعده الإتلاف، بل و لو فرض عدم

۱- ریاض المسائل: ۶/ ۱۸.

۲- المکاسب: ۳/ ۱۸۲.

۳- المبسوط: ۳/ ۶۵.

۴- مرّ آنفا.

۵- عوالی اللآلی: ۱/ ۲۲۲ الحدیث ۹۸، مع اختلاف یسیر.

۶- مرّ آنفا.

ثبوت الید علی العین الموجبه لضـمانها فلو لم یجر فیها قاعده «ما یضمن» (۱) سواء قلنا بها من باب الیـد أو من باب الإقدام کفی فی ضمانها قاعده الإتلاف.

لکن المنـافع الغیر المسـتوفاه فی المبیع داخله فی ما لا یضـمن لو قلنا بها من باب الإقـدام أو من باب الیـد. فلو قلنا بعـدم ضـمانها هناک ینبغی القول به هنا أیضا.

قلنا: المنفعه هنا نفسها مورد للإجاره، فلا یتوهّم کونها ممّا لا یضمن، فهی کنفس العین فی باب البیع.

و أمّـا حکم الإجـاره الواقعه علی عمـل الحرّ فاسـده، فـإن اسـتوفاها المسـتأجر [و کـان المؤجر و المسـتأجر] عـالمین [بالفساد] أو جـاهلین- کما فی الصوره السابقه من الإجاره الفاسـده- فلا إشـکال فی ضـمان ذلک العمل الواقع فی الخارج بأمر المسـتأجر، و الأمر بالعمل من جمله الأسـباب المقتضیه لضمانه، لاحترام عمل المسلم بناء علی کون الأمر المستفاد من لفظ الإجاره الفاسده لم یحصل من غیره- سابقا علیه أو لاحقا- کافیا فی تحقّق السبب و إن بطلت الإجاره.

کما قالوا فی عدم بطلان الإذن فی الوکاله الباطله ببطلانها (۲)، فیستحقّ اجره المثل لو جعل فیها أجر و ترتّب علیه جمیع تصرّفاته الموقوفه علی الإذن.

مع أنّ قاعده «ما یضمن» جاریه فی أمثال المقام، إلّا أنّه لو قلنا بالضمان

۱- مرّ آنفا.

۲- تذکره الفقهاء: ۲/ ۱۱۴ ط. ق، جامع المقاصد: ۸/ ۱۸۱، الروضه البهیّه: ۴/ ۳۶۹، مسالک الإفهام: ۵/ ۲۴۰.

فی الفاسد من باب الید، فهنا فی فاسده هو الأمر، و أمّا لو قلنا بها من باب الإقدام، فلا فرق بین هذا و ما سبق، فافهم! و حیث قد حقّقنا سابقا أنّ أسباب الضمان منحصره فی الثلاثه: الید و المباشره و التسبیب، و دلیل الید مطلق، و کذا دلیل المباشره بقاعده «من أتلف» (۱) المجمع علیها الوارده فی مواردها الجزئیّه الأخبار المتکثّره، مثل تغریم شاهد الزور (۲) و غیره (۳) [و المسبّب] و إن کان سببا إلّا أنّ دلیل السبب هو دلیل المباشره، حیث إنّ السبب ما لم یضعف، المباشر بإکراهه أو غروره لا یضمن، لعدم صدق المتلف علیه حقیقه، فقد ظهر دلیل ضمان السبب فی مورده.

ثمّ لا فرق فی الغرور بین کون الغارّ عالما أو جاهلا، و لذا حکموا بوجوب الدیه علی الشهود لو رجعوا بعد الحکم و الاستیفاء، بأن قالوا: أخطأنا فی الشهاده (۴)، و کذا فی صوره اغترام المشتری بالبیع الفضولی للمالک مع جهله أطلقوا الحکم بجواز رجوعه علی البائع، لقاعده الغرور (۵).

نعم؛ یجب کون ما یوجب غروره ممّا یجوز للمغرور ترتّب الأثر علیه، مثل أن کان- فی البیع الفضولی- البائع ذا الید للمبیع، سواء سکت أو ادّعی إذنه من المالک، و السرّ فی ذلک ما کرّرناه فی تضاعیف تحریراتنا من أنّ هذه القاعده مجعوله من الشارع لتدارک الحکم الضرری الناشئ منه، فحیث جعل قول ذی

۱- انظر! جواهر الکلام: ۲۷/ ۲۴۶، القواعد الفقهیّه: ۲/ ۲۸ و ۲۹.

۲- وسائل الشیعه: ۲۷/ ۳۲۷ الباب ۱۱ من أبواب کتاب الشهادات.

۳- لاحظ! وسائل الشیعه: ۱۸/ ۳۸۹ الباب ۶ و ۷ من أبواب کتاب الرهن.

۴- المبسوط: ۸/ ۲۴۶، شرائع الإسلام: ۴/ ۱۴۳، اللمعه الدمشقیّه: ۵۶، مسالک الإفهام: ۱۴/ ۳۰۰.

۵- انظر! المکاسب: ۳/ ۲۹۲ و ۴۹۳.

الید حجّه فلو تضرّر منه تدارکه بأن حکم برجوعه علیه.

و کما فی ضـمان الطبیب الحاذق حیث إنّه لو لم یکن حاذقا لا یضـمن ما ترتّب علی قوله، لعدم جعله حجّه، فلم یحصل التضـرّر من الشارع، بل إنّما حصل لسوء اختیار المکلّف حیث عمل بقوله.

و أنت إذا راجعت موارد هذه القاعده تجد صدق قولنا فی الإطلاق، و کذا السرّ الّذی استنبطناه من موارد الحکم.

و الحاصل؛ أنّ الغارّ سبب للإتلاف فهو المتلف حقیقه لضعف المباشر.

و قد خرجنا بطول الکلام عمّا قصدناه فلنرجع إلیه، فنقول: إنّ الأمر بالعمل ممّا جعله الشارع سـببا لضـمان العمل دون الأعیان، إلّا فی مثل مسأله:

ألق متاعک فی البحر و علیّ ضمانه، لمسیس الحاجه، لعدم صحّه ضمان ما لم یجب، و إنّما الکلام فی صوره بذل العین المتعلّقه بها المنفعه المطلقه أو المقیّده بوقت معیّن و عدم قبض المسـتأجر لها، و فی صوره وقوع الإجاره علی عمل الحرّ فبذل نفسه له و لم یستوفها، و لا بدّ من تأسیس أصل فی باب الضمانات لکونه هو المعوّل فی مواردها.

فنقول: أسباب الضمان فی الأعیان ثلاثه: الید، و المباشره، و التسبیب.

و أمّا الضـمان العقدی فلیس فیه سـبب إلّا الید إلّا أنّ العقد مشخّص للمضمون و المتدارک به، و لذا لا یثبت الضمان فی القرض إلّا بالقبض إجماعا، و کذا یکون الضـمان عوضا فی البیع و نحوه من العقود المعاوضیّه، بل العقود الشبیهه بالمعاوضه مثل النکاح و الخلع بالنسبه إلی العوض المسمّی علی من انتقل عنه مع حصول العقد الموجب لکون الضمان علی من انتقل إلیه.

و ليس ذلک إلّا لکون يـده يـد ضـمان و العقـد إن عيّن المضـمون به و هو البدل الّذی تواطأ عليه المتعاقدان و أمضاه الشارع، و لولاه لکان المضمون به ما عيّنه الشارع فی موارد الضمانات علی وجه الکليّه.

و أمّا المباشره فهو الإتلاف.

و أمّا التسبيب؛ فإن کان بحيث يوجب استناد الإتلاف شرعا أو عرفا إلی السبب، بأن لم يکن هناک مباشر، أو کان و لکنّه معذور إمّا لکونه مکرها أو جاهلا، فالضمان عليه، و إن لم يکن کذلک کان الضمان علی المباشر إن کان، و إلّا فلا يکون الضمان علی أحـد، و أمّا عقـد الضـمان فلکون الضامن سـببا لسـقوط حقّ المضـمون عنه، و لـذا لو لم يکن حقّه موجودا فی زمان العقـد بطل العقد.

نعم؛ قـد يجب فی بعض الموارد تـدارکه من الشـارع إمّـا من بيت المال أو من غيره، کما لو حفر بئرا فی ملکه فوقع فيه غيره من غير مباشره من أحد.

و أمّـا أسباب الضـمان فی المنـافع و الأوصاف أيضا ثلاثه: اليـد، إذا دخل متعلّقها تحت اليـد، فتـدخل المنافع و الأوصاف تحتها بتبعها، و المباشره، و التسبيب.

و قد تتصوّر اليد فی الأوصاف إذا لم تکن اليد بالنسـبه إلی متعلّقها غصبا، کما إذا کانت العين لشخص و الوصف لآخر فتصرّف فيهـا صاحبهـا من دون إذن صـاحب الوصف، و إن کـان قـد يتصوّر مثـل هـذا فی المنفعه، کمـا إذا امتنع المؤجر من قبض العين المستأجره لکنّها بالسبب أشبه.

و لـذا قيـل فيهـا بالخيـار، و من قال بالبطلان نظر إلی کون المنفعه متلفه تحت يـده الضامنه، نظير تلف المبيع قبل قبضه مع امتناع البائع من قبضه.

و أمّا المباشره فالمراد منها فی المنافع هو الاستيفاء و فی الأوصاف

الإتلاف كالأعيان و الأعمال، و سبب ضمان المنافع فيما إذا كان هناك يد هو اليد، و إن كان ذو اليد العاديه سببا فى التلف أيضا، و كذا فى الأوصاف.

و أمّا إذا لم يكن هناك يد فالسبب هو الإتلاف، و دليله هو قاعده «من أتلف مال غيره» (۱) الشامل للمنافع و الأوصاف.

و أمّا التسبيب؛ فإن كان بحيث يصدق على السبب أنّه متلف صحّ الضمان و إلّا فلا.

و الكلام فى ضمانها بالعقد، كما ذكر فى الأعيان، و أمّا الأعمال فسبب الضمان إمّا المباشره و الاستيفاء أو التسبيب، و لا يتصوّر اليد هنا، لعدم دخولها تحتها لا أصاله و لا تبعا، لأنّها صادره من الحرّ و هو لا يدخل تحت اليد.

و أمّا عمل العبد؛ فداخل تحت المنافع، و يكفى فى السبب الأمر، بل الإذن كاف فى السبب، و السرّ فى ذلك أنّ احترام عمل المسلم أوجب ضمانها إذا لم يقصد التبرّع أو لم يكن ذلك العمل بغير إذن المعمول له.

ثمّ لا ـ فرق فى كفايه الإذن بالعمل فى السببيّه بين استيفائه له، كما لو كشف رأسه بين يدى الحلّاق فحلق رأسه، و بين عدم استيفائها، كما لو كشف رأس غيره بين يدى الحلّاق فحلق، و لا بين أن يكون العمل راجعا إلى السبب أم لا يرجع إليه بعد كون العمل ممّا له اجره فى العاده.

نعم؛ لو رجع إلى نفس العامل فقط بحيث لا يرجع نفع إلى السبب أصلا لا يوجب الضمان، حتّى لو أمر، لعدم صدق الإتلاف الموجب لذهابه من كيسه المنافى لاحترامه كاحترام ماله و دمه، كما لو أمره ببناء دار العامل.

۱- انظر! جواهر الكلام: ۲۷/ ۲۴۶، القواعد الفقهيّه: ۲/ ۲۸ و ۲۹.

و من هنا يظهر وجه حكم المحقّق و الشيخ فى المسابقه الفاسده- و المشهور فى المضاربه الفاسده- اجره المثل للسابق و العامل (۱).

و يظهر أيضا فساد ما أورده الشهيد الثانى هناك بأنّ الحكم فى المضاربه موجّه لحصول الأمر من المالك بالعمل فيها (۲)، بخلاف المسابقه، إذ لم يحصل من المسبوق إلّا العقد المتضمّن للعوض الغير السالم من غير أمر.

و ذلك لما قلنا من كفايه الإذن فى ضمان الأعمال، و إن كان غير راجع نفعها إلى الضامن بعد صدق ذهاب العمل من كيس المضمون، و المفروض فى ما نحن فيه كذلك، بخلاف ما لو أذن أو أمر غيره ببناء داره، فإنّ مقابل عمله أمر موجود قابل للماليه، فتأمّل جيّدا!

تنبيه:

لا يجوز إسقاط الضمان ما لم يكن مستقرّا فلا يجوز إسقاط ضمان اليد لكونه تعليقيّا، و توهّم كون متعلّقها هو الضمان التعليقى أيضا فاسد، إذ ليس هناك أمر ثابت يسقطه، إذ ليس حق مالىّ، و لذا لا يجوز المعاوضه عليه، بل حكم شرعىّ، و لذا قلنا بعدم جواز اشتراط هذا النوع من الضمان فى العقود كالإجاره و نحوها بحيث يكون الضمان من جهه الشرط.

فإن قلت: لعلّ عدم جواز إسقاطه عدم فائدته تعدّد سببه بعد الإسقاط، نظير تملّك الابن الأب الكافر بعد السبى.

۱- شرائع الإسلام: ۲/ ۲۴۰، و ۱۴۳، المبسوط: ۶/ ۳۰۲، النهايه للشيخ الطوسى: ۴۲۸.
۲- الروضه البهيّه: ۴/ ۲۱۳.

قلت: بل لو فرض فی مورد لا یکون الید المتجدّده ید ضمان، کما لو أسقطه بعد إرهانه فیما لو کان الرهن بید المرتهن قبله عدوانا.

هذا؛ و التحقیق هناک أن یقال: إن قلنا بانقلاب الید بعد الرهن ید أمانه فیسقط الضمان التعلیقی بنفس العقد، و إلّا فلا یثمر الإسقاط السبب آنا فآنا، فتأمّل!

کما حکم بذلک المحقّق و العلّامه أی بصحّه الرهن مع إبقاء الضمان (۱)، فإذا تحقّقت هذه المذکورات فنقول: لا شبهه فی عدم ضمان العمل الغیر المتلف المستوفی بالإجاره الفاسده، سواء کانت متشخّصه بالوقت أو بغیره، لما عرفت من أنّ سبب ضمان الأعمال إمّا الاستیفاء و لیس، و إمّا الأمر، و إن کان هناک إلّا الأمر الغیر المتعقّب بالعمل لا یوجب الضمان.

نعم؛ لو فرض فی المتشخّص بالوقت اعتقاد المستأجر له؛ کان له وجه، لکنّه ضعیف فی غایته.

فروع:

بقی الکلام فی بعض فروع الإجاره الفاسده.

منها: ما ذکره بعض (۲)، و استشکله آخر کالعلّامه (۳)، من أنّه لو کانت الاجره أنقص من اجره المثل، فإنّ إقدام المؤجر علی الأقلّ مع علمه بالفساد إسقاط للضمان بالنسبه إلی الزائد.

۱- شرائع الإسلام: ۲/ ۸۲، مختلف الشیعه: ۵/ ۴۲۵.

۲- جامع المقاصد: ۷/ ۲۸۸- ۲۹۱.

۳- قواعد الأحکام: ۱/ ۲۳۶ ط. ق.

و بعباره اخرى: المستأجر إن كان جاهلا فهو مغرور بالنسبه إلى الزائد من المسمّى عن اجره المثل، كما يرجع المشترى المغرور المغترم للقيمه للمالك على البائع الفضولى بالزائد منها عن الثمن، و إن كان عالما فالمؤجر العالم قد أقدم على عدم الضمان بالنسبه إلى الزائد.

و فيه؛ أنّ علمه بذلك يشبه بالوعد لبذل الزائد من اجره المثل عن المسمّاه، و ليس الغرور هنا متصوّر لاستناده إلى جهله لا إلى المؤجر، كذا قيل (۱).

و لكن التحقيق أن يقال: إنّ العالم بالفساد فى المعامله مقدم على أن يكون المال مضمونا على الآخر، و كذا الآخر مقدم على ذلك قاصدا، جاهلا كان أو عالما، و تواطئا على أن يكون المضمون و المتدارك به هو المسمّى، فقد أقدما على الضمان فإن أمضى الشارع ما تواطئا عليه من المضمون به فهو، و إلّا رجع إلى المضمون به العامّ الثابت فى موارد الضمانات.

و أمّا مسأله الغرور؛ فقد حرّرنا فى تضاعيف كلماتنا مرارا أنّ هذه القاعده مجعوله من الشارع، لتدارك الحكم الضررى الناشئ منه مع كون الغارّ سببا لتضرّره بحيث يستند الفعل إليه، مع كون المباشر غيره، سواء علم الغارّ أو لم يعلم، فلو فرض كون السبب هو الجهل مع عدم العذر من الشارع فلا معنى لرجوع المغرور على الغارّ، مثلا إذا جعل اليد حجّه فى سماع قول ذيها فالمشترى الجاهل إذا اشترى من ذى اليد شيئا و تبيّن فساده باستحقاقه للغير، أو بإخباره بأنّه خلّ- مثلا- فبان خمرا، فالجاهل المغرور يرجع على البائع بغروره، سواء كان عالما أو جاهلا، إذ لا مدخليّه للعلم و الجهل فى سببيّه الضمان.

۱- جواهر الكلام: ۲۷/ ۳۰۵.

و فی مسأله الإجاره جهل المستأجر بالفساد سبب لتضرّره من غیر استناد إلی المؤجر لعدم کونه معذورا.

فتبیّن من هذا التحقیق أن لا غرور فی مثل المقام من المؤجر، و قاعده «ما یضمن» جاریه فی المقام، لوجود الإقدام علی الضمان.

و أمّا التواطؤ علی المضمون به فلم یسلّم لهما، و لم یکن له دخل فی القاعده، و لذا قلنا: إنّ القاعده لیس فیها تفکیک بالنسبه إلی جزأی القضیّه، حیث إنّ المضمون به فی الجزء الأوّل هو المسمّی، و المضمون به فی الآخر هو المثل، و ذلک لأنّ المراد أن یکون فی صحیحه ضمان یکون فی فساده أیضا ضمان من غیر تعرّض للمضمون به فیها.

و الحاصل؛ أنّ الإقدام علی الضمان فی الصحیح ثابت فی الفاسد فالتلازم فی الشرطیّه بسبب معلولیّه الطرفین لأمر ثالث و هو الإقدام، و نظیر ذلک فی البیع ما لو باع المالک بالبیع الفاسد بأقلّ من ثمن المثل، فإنّه یرجع به لا بالمسمّی، و أمّا البائع الفضولی إذا وقع العقد أوجب الضمان صحیحا أو فاسدا بالنسبه إلی المالک، فلذا لا یرجع المشتری علی البائع مع عدم الإجازه و تلف العین بقدر المسمّی من ثمن المثل الّذی دفعه إلی المالک؛ لإقدامه علی الضمان، مع أنّ الرجوع إلی الزائد عن ثمن المثل محلّ کلام، لما ذکرنا من إقدامه علی الضمان للمالک و دفعه المسمّی إلی البائع بتوهّم کونه مالکا، و ذکر غیر واحد من الجماعه کالکرکیّ (۱) و الشهید الأوّل فی محکی حواشیه (۲) و الشهید الثانی (۳) بعدم ضمان

۱- جامع المقاصد: ۷/ ۲۹۰ و ۲۹۱.

۲- لم نعثر علیه.

۳- مسالک الإفهام: ۵/ ۱۸۳ و ۱۸۴.

المستأجر باجره المثل للمؤجر العالم بالفساد من حيث اشتراط عدم الاجره، و استحسنه السيّد صاحب «الرياض» (۱).

فإن قلت: إنّهم ذكروا أنّ المشترى لو كان عالما بالاستحقاق و أنّ البائع غاصب و دفع الثمن إليه، لا يرجع به عليه مع التلف إجماعا، كما فى «التذكره» (۲) و إن استبعده فى صوره توقّع الإجازه الشهيد فى «اللمعه» (۳)، فقاعده «ما يضمن» جاريه بالنسبه إليه.

و توهّم المشترى كونه البائع غير قادح فى ذلك، فافهم! مع عدم التلف على قول (۴)، و ذكروا فى بيع غير المملوك مع علم المشترى بذلك كالخمر و الخنزير أنّ له الرجوع على البائع بالثمن عالما كان أو جاهلا تالفا كان الثمن أم باقيا (۵)، فما الفرق بين المقامين؟ مع أنّه لعلمه بذلك سلّطه على التلف و دفعه مجّانا، ضروره لغويّه قصده إلى العوض، و لذا حكم الشهيد فى محكيّ الحواشى المنسوبه إليه فى حكم المشهور بتبعّض الصفقه و تقسيط الثمن فى بيع ما يقبل الملك و ما لا يقبله، بأنّ هذا الحكم مقيّد بجهل المشترى بعين المبيع و حكمه، و إلّا لكان البدل بإزاء المملوك، ضروره أنّ القصد إلى الممتنع كلا قصد (۶).

قلت: إنّ المشترى فى بيع الفضولى أقدم على ضمانين: للمالك الواقعى

۱- رياض المسائل: ۶/ ۳۹.

۲- تذكره الفقهاء: ۱/ ۴۶۳ ط. ق.

۳- اللمعه الدمشقيّه: ۶۲.

۴- رياض المسائل: ۶/ ۴۰.

۵- لاحظ! مسالك الإفهام: ۳/ ۱۶۳.

۶- نسب القول إلى البعض فى جواهر الكلام: ۲۲/ ۳۱۵.

و للمالـک الجعلی الّـذی تبانیا علیه، و هو الغاصب، فـدفعه الثمن إلیه لـذلک هبه و تسـلیط منه له علی الثمن، فکأنّه قال: اشتریته بهذا الثمن فتصرّف فیه إن أجازه المالک، و إلّا فعلیّ ضمانه و إن حرم علیه أکله، لکونه خبیثا حیث إنّ کلّ مال دفع إلی شخص لـداع محرّم، فـإنّه حرام أکله خبیث غیر مضـمون، کالطعـام الّـذی یطعمه الزانی للزانیه، فـإنّه حرام علیها أکله، لکن غیر مضـمون علیهـا، ففی الحقیقه لم یقـدم المشتری علی أن یکون الثمن مضـمونا علیه إلّـا فی صوره إجـازه المالک للبیع و القبض، بل أقـدم علی کونه مجّانا له فی غیر الصوره المذکوره.

و أمّـا فی مسـأله بیع الخمر أقـدما علی الضـمان بهـذا الشـی ء الّـذی جعلاها مملوکا و تبانیا علی کونها مضـمونا أیضا، فلم یـدفع المشتری العالم الثمن مجّانا بل بإزاء هذا المملوک الجعلی فلم یحصل منه استیمان و إباحه مجانیّه، فلا مقتضـی لسـقوط الضمان الثابت بالیـد، إذ لا مانع هنا، کما کان فی المسأله السابقه و هو إقـدام المشتری علی أن یکون له مجّانا، و هـذه القاعده جاریه فی جمیع العقود الفاسده المعاوضـیّه الموجبه للإعطاء علی وجه الضمان، فاجره الزانیه مضمونه، و الرشوه مضمونه، و مطعوم الحاکم لداعی الحکم حرام خبیث غیر مضمون.

ففی القسم الأـوّل وقع العقـد مع المالک و المضـمون له الجعلی الّـذی جعلاه کـذلک، و فی الثانی وقع العقـد علی المملوک و المضمون الجعلی، فدقّق النظر.

فلو آجر الفضولی مع علم المسـتأجر و دفع الاـجره، فلاـ یجوز له الرجوع مع التلف، لعین مـا مرّ فی الـبیع مع کون الموجر ذا الید للعین المستأجره، و لو آجر مع عمله بالفساد و علم المستأجر أیضا بالفساد لم یکن الموجر متبرّعا بالمنفعه

و لا المستأجر واهبا بالنسبه إلی دفع الاجره؛ لإقدامهما علی ضمان کلّ من المنفعه و الاجره بمضمون جعلی غیر سالم ممضیّ من الشارع، إمّا لعدم قابلیه أحد الطرفین للعقد، أو لعدم تحقّق شرائط العوضین، أو لعدم تحقّق شرائط العقد کالعربیّه و الصراحه فلم یقدم علی عدم الضمان حقیقه.

نعم؛ یشترط فی ضمان الإجاره الفاسده بالاستیفاء- لو کان علّه الفساد عدم قابلیّه أحد الطرفین- أن لا یکون بحیث یستند التلف إلی المؤجر کأن یکون غیر بالغ، بحیث یکون هو آله فی الاستیفاء، فتأمّل! و لا یکون العقد إذا کان جهه فساده عدم تحقّق شرائط العقد مع وجوب سائر الشرائط معاطاه بالتسلیم، کما توهّم (۱)، لأنّه فرق بین هذا التسلیم و بین تسلیم المعاطاه، حیث إنّ التسلیم فی المعاطاه إنشاء فعلیّ دالّ علی الرضا و تملیک فعلی.

و أمّا التسلیم هنا؛ فهو علی أنّه ملک للمستأجر و لو جعلا، فلم یصدر عن المالک إنشاء فعلیّ أو قولیّ صحیح.

و لذا لم یفصّل أحد فی البیع الفاسد بین ما یکون من هذا القسم و بین غیره، [و] یکون البیع علی القسم الأوّل معاطاه دون الثانی.

فقد ظهر من تحقیقاتنا فی بیان مراد المشهور ضعف تقویه الشهید الثانی القول بجواز رجوع المشتری بالثمن، باقیا کان أو تالفا، إن لم یثبت الإجماع علی خلافه متعجّبا من تحریم تصرّفه علی البائع؛ لأنّه أکل مال بالباطل مع عدم رجوع المشتری علیه لما ذکر فی دفع المال لداع محرّم کمطعوم الزانیه (۲)، و کذا

۱- مرّ آنفا.

۲- الروضه البهیّه: ۴/ ۳۴۰ و ۳۴۱، مسالک الإفهام: ۵/ ۱۸۶.

ضعف استبعاد الشهید الأوّل مع توقّع الإجازه (۱)، لأنّ دفع الثمن مع توقّع الإجازه إن کان علی وجه النهی عن التصرّف فیه بحیث یکون عنده أمانه إلی وقت الإجازه فهذا متّجه مسلّم، و لیس مراد الفقهاء هذه الصوره، و إن کان توقّع الإجازه مع الإذن فی التصرّف، فالکلام الکلام.

و ضعّف محکیّ الحواشی المنسوبه إلیه (۲)، و کذا ضعّف مختار السیّد صاحب «الریاض» (۳) فی الإجاره الفاسده المستوفاه للمنفعه مع علم المؤجر من عدم استحقاقه للاجره، لکونه متبرّعا مع علمه و مع علم المستأجر من عدم وجوب دفع الاجره، و أنّه لو دفع کان هبه و لیس له علی ذلک موافق من الأصحاب فی المنفعه- علی ما قیل- مع أنّ ظهور کلامه شامل لها و للعمل (۴)، لکن احتمال إراده صوره الإجاره علی العمل ممکن بقرائن فی کلامه صالحه لذلک.

قیل: و له وجه لکون الأجیر العامل العالم بالفساد مباشر الإتلاف مع علمه بعدم سببیّه الغیر بخلاف المنفعه، فإنّ المباشر لإتلافها هو المستأجر (۵).

و هذا الوجه غیر وجیه بعد الإحاطه بما أسلفناه؛ إذ إقدامه علی الإتلاف علی کونه مضمونا علی المستأجر أمر تشریعیّ جعلیّ، لا تبرّعیّ، و فرق بین وقوع أمر علی عنوان التبرّع و وقوعه بعنوان معامله فاسده تشریعیّه.

۱- اللمعه الدمشقیّه: ۹۵، غایه المراد: ۲/ ۳۱۸ و ۳۱۹.

۲- نقله صاحب مفتاح الکرامه: ۷/ ۱۷۴، جواهر الکلام: ۲۷/ ۳۱۲.

۳- ریاض المسائل: ۶/ ۲۶ و ۲۷.

۴- جواهر الکلام: ۲۷/ ۳۳۶.

۵- انظر! مسالک الإفهام: ۵/ ۲۲۳.

و کـذا ظهر ضـعف توهّم بعض کون الإجاره الفاسـده بعـدم ذکر الاجره عاریه، أو بشـرط عـدمها و إن کان القول بها فی الثانی أوجه، لوجود القرینه فیها دون الاولی إلّا عدم الذکر المحتمل للغفله (۱).

وجه الضـعف؛ أنّا لو قلنـا بکفـایه کـلّ لفـظ فی العقود الجائزه الإذنیّه، بل مطلق العقود فی الجمله، فإنّما المراد الألفاظ المجازیّه الغیر المستهجنه المشتمله علی العنوانات الدائره علی لسان الشارع فی کلّ عقد.

و قـد صـرّح بـذلک غیر واحد من الأصـحاب و لذا تری کثیرا من المسامحین فی ألفاظ بعض العقود یتأمّلون فی بعضـها، کما لا یخفی علی المتتبّع، و لیس لی مجال حتّی أنقل کلماتهم لصدق مقالتی، و لکن راجع «مکاسب» شـیخ أساتیدنا الشـیخ المرتضـی (۲).

فلو اسـتعملت اللفـظ الموضوع فی عقـد فی آخر لم یصـحّ، لکونه مجـازا مسـتهجنا کالبیع فی الإجاره و الهبه فی المتعه، فلو قال: خذه قراضا و الربح لی، لم یکن بضاعه أو قال: و الربح لک، لم یکن قرضا، مع کفایه کلّ لفظ فی البضاعه و القرض، و من هذا القبیل: آجرتک بلا اجره فی العاریه، نعم لمّا یکفی فیها کلّ ما دلّ علی إباحه التصـرّف و الإذن فیه لم یبعـد القول بها بعد تعقّبه بالقبض بإذنه، فافهم!

فإن قلت: فقد حکم جماعه کالعلّامه و الشهید الثانی فی مسأله البیع بلا

۱- جواهر الکلام: ۲۷/ ۳۲۶.

۲- المکاسب: ۶/ ۱۱.

ثمن بعدم الضمان، و أنّها هبه (۱).

قلت: ليس المقصود تنزيلها عليها بقرينه المجانيّه.

قالوا: و لو باع الوكيل بثمن فأنكر الموكّل بهذا القدر حلف، و تستعاد العين إن كانت موجوده، و إلّا فمثلها أو قيمتها (۲).

أقول: إمّا أن يقول الموكّل فى مقام تحرير النزاع: ما وكّلت بخمسه- مثلا- بل وكّلت بعشره و بعت بعشره فيعترف بوقوع البيع عليها، لكنّه يقول: ما أذنت و لا أجزت؛ فالوكيل غاصب لها، و كذا المشترى إن كان حاضرا، و إمّا أن لا يعترف بوقوع البيع عليها، بل يعتقد أنّه باعه بعشره لكنّه لو اعترف بأنّه باع كذلك لصار النزاع فى تصرّف الوكيل فيكون القول قوله، فلذلك يقول: ما وكّلتك إلّا بخمسه.

و على الأوّل؛ فإمّا أن يكون قيمه العين أزيد من العشره المبيعه بها كعشرين- مثلا- و إمّا أن يكون أنقص كسبعه- مثلا-.

و على التقادير الثلاثه: إمّا أن يكون النزاع مع الوكيل، أو مع المشترى، فإن كان الترافع مع المشترى و قال: اشتريتها بخمسه ممّن هو وكيل فى هذا القدر، فيقول: إنّما وكّلته بعشره، فإن قال: ما أدرى بكم اشتريت بعشره أو خمسه! أو اعترف بوقوعه بخمسه، فيحلف على عدم توكيله فى خمسه و تستعاد العين أو بدلها، و إن قال: بل اشتريته بعشره، كان القول قول الموكّل، لأنّ الموكّل يقول: إنّ الثمن عشره، و المشترى يقول: إنّه خمسه.

۱- مختلف الشيعه: ۵/ ۶۸، مسالك الإفهام: ۳/ ۲۳۹.

۲- انظر! المختصر النافع: ۱۷۸.

و قد قالوا: إنّه لو تنازع البائع و المشتری فی قدر الثمن، فالقول قول البائع فیه مع بقاء العین، لأصاله عدم وقوع البیع إلّا بما یعترف [به] البائع، و مع بقاء العین لا إشکال، و مع تلفها قالوا: إنّ القول قول المشتری.

فیشکل الحکم هنا، مع أنّ هذا من أفراد ذاک، و للتأمّل مجال واسع.

و لو کان قبض الثمن- أعنی الخمسه- ردّها علیه، و إلّا ارتجعها المشتری من الوکیل.

و لو کان النزاع مع الوکیل، و قال: بعته بخمسه، فقال المالک: ما وکّلتک فیها بل بعشره، فیحلف علی عدمه، فیصیر الوکیل بحکم الغاصب، فیلزمه ما یلزمه، و لیس للموکّل استعاده العین من المشتری، لعدم کون النزاع معه، و لا یرفع یده منها بیمینه لغیره، لاختلاف المدّعیین، کما لو وقع النزاع من المالک مع واحد من ذوی الأیدی المتعاقبه و انفصلت الخصومه من واحد بالیمین فلا تسقط دعواه مع آخرین.

نعم؛ لو أقام المالک البیّنه علی وقوع البیع بخمسه بمحضر المشتری أو باستماع الوکیل بإمضائه، بحیث یکون قد أسقط حقّه و صدر الحکم من غیر توقّف علی شی ء نفذ فتستعاد العین من المشتری، لکن المکلّف بها الوکیل لاعترافه بکونها فی یده بحقّ، بل یطالب هو بالبدل لثبوت یده علیه غصبا، و المطالب بها هو المشتری، لکن یکون درکها علی الوکیل لو کان عند العقد [و] لم یخبر بکونه وکیلا، و إن کان قد أخبر أو کان المشتری عالما بوکالته، فهو غیر مطالب بالثمن المدفوع، بل المالک، لاعتقاده وصوله إلیه و إلی وکیله الّذی یده یده.

و لو کان عالما بعدم وکالته و لم یخبر بذلک و باع، فالکلام فی الثمن هو ما حقّق فی باب الفضولی و بیع الغاصب، و لما ذکرنا قیّد بعض الشرّاح إطلاق المتون فی استعاده العین من المشتری بعد حلف المالک بفرض اعتراف المشتری بالوکاله أو حلف المالک له الیمین المردوده منه أو ادّعی علیه العلم (۱).

و لو أقام المالک البیّنه بغیبه المشتری و عدم اطّلاعه و إمضائه لاستماع الوکیل، و صدر الحکم، لکن نفوذه من جهه الرجوع علی الوکیل بالبدل؛ لثبوت کون یده ید غصب غیر متوقّف علی أمر، و أمّا نفوذه علی المشتری متوقّف علی حجّیته.

و لو کان المالک معترفا بوقوع العقد بعشره لا بخمسه، و یقول الوکیل وقع بخمسه، لکن یعتبر الموکّل النزاع بعدم توکیله فیها لئلّا یکون القول قول الوکیل فی تصرّفه فتذهب الخمسه الزائده بیمینه، فالقول قوله، و یحلف علی عدم ما یدّعیه الوکیل و یرجع علیه بالبدل علی ما هو ظاهر اطلاق کلامهم فی المقام، و لا یکلّف بردّ العین مع بقائها فی ید المشتری لتوهّم أن الیمین قد أبطلت الوکاله، لأنّ هذا التوهّم ضعیف من أصله کما سبق، خصوصا هنا، لأنّ صوره الدعوی هنا أن یقول الوکیل: وکّلتنی بخمسه و بعتها بها، و الموکّل یقول: وکّلتک بعشره، و قد بعتها بعشره فهو غیر مطالب فی الحقیقه للعین أصلا، بل إنّما یطالب العشره فلو حصل فی یده العین لم یکن له التصرّف إلّا أن یعلم بعدم قبض الوکیل الثمن بتمامه، فیأخذها مقاصّه.

لکن لو اعتقد أو اعترف بعد هذا الجواب بقبضه تمامه فالمطالب به هو

۱- الحدائق الناضره: ۲۲/ ۱۱۲.

الوکیل فیحلف علی عدم توکیله بخمسه فیبطل استیمانه الموجب لتقدّم قوله فی قدر الثمن فیطالب باعترافه وقوع العقد. و لو فضولیّا بعشره فیطالبه بإتمام الخمسه المقرّ بها من الوکیل إلی العشره.

و لعلّ هذا مراد الشیخ حیث حکم بوجوب الإتمام علی الوکیل بما یقوله الموکّل و حلف علیه بل قوله: یجب إتمام ما حلف علیه المالک، قرینه علی کون متعلّق حلفه أمرا مثبتا للزیاده، إذ [فی] غیر هذه الصوره إنّما یحلف المالک علی نفی توکیله بخمسه و ثبوت البدل الشرعی من الحکم بغصبیّه الید بعد الحلف (۱).

فهنا لا بدّ أن یحلف یمینا جامعا بین النفی و الإثبات هکذا فیحلف علی عدم توکیله بخمسه و بیعه بعشره، کما أنّ حمل إطلاق کلامهم أیضا علی غیر هذه الصوره متعیّن.

و من هنا یعلم حکم الصور المحتمله فی مسأله دعوی الوکاله.

قالوا: و لو اختلفا فی الوکاله، حلف المنکر لها، فإنّ الدعوی إمّا بین الموکّل و الوکیل، و المنکر إمّا الوکیل کما لو کانت الوکاله مشروطه فی عقد لازم فعلا- لا نتیجه، فافهم! فالغرض من إنکارها ثبوت الخیار لنفسه إن قلنا به بتخلّف الشرط فیما لم یمکن تلافیها.

و لا فرق علی هذا بین وقوع الفعل المدّعی فیه الوکاله و عدمه بعد عدم إمکان التلافی.

و إمّا الموکّل؛ فیرید إثبات عدوانیّه ید الوکیل الموجبه لغرامه القیمه إن تلفت العین أو تصرّف فیها بإیقاع الفعل المدّعی فیه الوکاله فیثبت بحلفه ذلک

۱- المبسوط: ۲/ ۳۷۸.

فيأخذ قيمه المتلف، أو بدله مع وجوده عند المشترى لثبوت حيلولته بالتصرّف بحلف الموكّل.

و ليس للموكّل أن يرجع على المشترى بحلفه للوكيل ما لم يكن طرفا للدعوى، إذ لا يثبت بحلف أحد مال على غير من حلف له، ثمّ يرجع الوكيل على المشترى بما دفع إلى المالك إن كان أقلّ من الثمن أو القيمه، و لا يرجع بالزائد عمّا دفعه من الثمن، لأنّه كان ضامنا لبدل الحيلوله للمالك عن المشترى، لأنّ استقرار البدل الحيلولى عليه، و هذا يغرم عنه.

و من هنا يرجع الغاصب الغارم للمالك على الغاصب منه، لأنّه غرم البدل الّذى كان بدلا عن البدل الّذى كان مستقرّا عند الغاصب من الغاصب، فيرجع بالمبدل و هو بدل البدل لا نفس العين لبقائها على ملك مالكها، فتدبّر!

و إن كان ما دفعه إلى الموكّل أزيد لم يرجع إلّا بالقيمه أو الثمن و إن كانا أقلّ، و يتصوّر ذلك فى القيمه أو اختلف زمان الغرامه و زمان تصرّف المشترى، أو زمان تصرّف الوكيل و المشترى قيمته؛ لاعترافه بأخذ الموكّل البدل ظلما.

ثمّ إنّه لو كان الدعوى المذكوره بينهما قبل الفعل إذا ترتّب عليه الأثر سمعت، و إلّا فلا.

و إمّا أن يكون بين المشترى و الموكّل، و المنكر الموكّل، فيريد العين أو البدل تغريما لا تعويضا، فيحلف الموكّل و يأخذ ما كان يريد من دعواه.

ثمّ إن كان دفع الثمن إلى الوكيل و كان معترفا بوكالته و بوصوله إلى يد الموكّل لم يرجع على الوكيل، لاعترافه بأخذ الموكّل ما أخذه ثانيا بالحلف ظلما.

و لو لم يكن عالما بوكالته و كان عالما بكون العين للغير و لم يدّع الوكيل الوكاله و الإذن، لم يرجع على الوكيل بالثمن مع التلف.

و مع البقاء على التفصيل المذكور فى الفضولى و إن ادّعى الوكاله حيث كان قوله حجّه و ذلك إذا كان ذا يد على العين المدّعى وكالته فى التصرّف فيها، على المشهور، لا إذا لم يكن كذلك، فلم يغرم الوكيل له بل فيه التفصيل المذكور فى صوره اعترافه بوكالته.

و إن لم يدّع و لم يكن عالما بها رجع عليه بما اغترم، لأنّ المغرور يرجع على من غرّ و إن كان جاهلا بعد فرض سببيّه له فى الغرم، و قد قصر الوكيل فى عدم ذكره وكالته، و إن كان المنكر المشترى، فإن كان غرض الموكّل مطالبته بالعوض المسمّى، سواء كان المعوّض موجودا أو تالفا، أو دفع الضمان عن نفسه لكون التلف- مثلا- بعد القبض، فهو من المشترى، فيحلف المشترى و يدفع العين أو البدل الواقعى أو يبرأ من الضمان.

قالوا: و لو اختلفا فى العزل و الإعلام و التفريط، حلف الوكيل لو تصوّر فى النزاع (العزل و الإعلام) أثر، كغرامه الوكيل إذا كان الموكّل فيه مالا سمع الدعوى و إلّا فلا، كما لو كان النزاع فى النكاح.

نعم؛ بين الزوجين هذا النزاع فى عزل الوكيل و إعلامه متصوّر، لكن لو قلنا بغرامه نصف المهر على الوكيل فيما لو ادّعى الوكاله عن الزوج و أنكرت المنصوصه الظاهره فى كون الدعوى بين الزوجين فيحلف الزوج على عدم التوكيل فيحصل الفراق به ظاهرا، فيغرم الوكيل.

و سيأتى تفصيل هذا- إن شاء اللّه- و قلنا بها فى عكسها، و هو ما لو ادّعى

الوكيل الوكاله عن الزوجه فأنكرت و حلف الزوج لو كان النزاع بينهما أمكن ترتّب الأثر على نزاعها مع الوكيل، فيثبت بحلف الزوجه المردود عليها أو بيّنتها ما ذكر، لكنّ الأصل محلّ تأمّل، و لمخالفته للقواعد طرح بعض الأصحاب العمل به.

و لو سلّم فهو من الدليل و هو النصّ، فلا يتعدّى إلى غيره؛ فالضابط ما ذكرنا فى دعوى الموكّل و الوكيل فيهما.

فما ورد فى امرأه وكّلت أخاها ليزوّجها (۱) إلى آخر ما ذكر فى «الرياض» و غيره (۲)، من مطالبه الإمام الشهود من المدّعيه للعزل و الإعلام؛ لثبوت الزوجيّه، لا لثبوت الوكاله فى العقد، فتأمّل!

و أمّا فى دعوى التفريط، فتقديم قول الوكيل من جهه أنّه كان أمينا، و الأمين ليس عليه إلّا اليمين، و إن لم يقبل الموكّل أمانته حين النزاع، بل يدّعى كونه خائنا، لكن أمانته الشأنيّه مانعه من توجّه غير اليمين عليه.

و إن شئت قلت: إنّه يدّعى عليه صدور ما يوجب التفريط عنه و الأصل عدمه، فيقدّم قوله لذلك.

و لو اختلفا فى التلف و لا بيّنه، حلف الوكيل، للإجماع على تقديم قول مدّعى التلف إذا كان أمينا، مع أنّه ليس عليه اليمين، قيل: و لتعذّر إقامه البيّنه نوعا فاقتنع بقوله.

و لعلّه إشاره إلى ما ذكروا فى باب الغصب من قبول قول الغاصب فى التلف

۱- تهذيب الأحكام: ۶/ ۲۴۰ الحديث ۱۳۰، وسائل الشيعه: ۱۹/ ۱۶۳ الحديث ۲۴۳۶۹.

۲- رياض المسائل: ۶/ ۷۳.

لئلّا يخلّد فی الحبس، لاحتمال كونه صادقا (۱). و لما كان هذا الاحتمال هناك متوجّها نوعا و إن احتمل إمكانها فی بعض الأوقات.

و لو اختلفا فی الردّ فالقول قول الموكّل مع يمينه، و قيل: قول الوكيل، إلّا أن يكون بجعل (۲)، و وجه القول الأوّل أصاله عدم الردّ، و الوكيل مدّع له فعليه البيّنه، و ليس معنى الوكاله على الإخفاء كالوديعه حتّى لا يجب عليه الإشهاد.

و لذا حكموا بضمان الوكيل فی قضاء الدين و تسليم المبيع أو الثمن من غير إشهاد، و لم يكن فی الحكم المذكور سدّ لباب المعروف، كما ذكر هذا وجها فی باب الوديعه (۳)، فعموم «البيّنه على المدّعی و اليمين على من أنكر» (۴) يشمله.

و لذا قيل بتخصيصها بالإجماع على قبول قول الودعیّ فی الردّ (۵)، و فی التلف به و بما ذكرنا فيه سابقا.

و هذه القاعده شرعت لقطع النزاع و التشاجر و [رعايه] النظام، فتعميمها بالنسبه إليهما ينافی ذلك، كما أنّ تكثير تخصيصها كذلك، فليس المناط فی الوديعه قبضها لمحض مصلحه المالك حتّى يقال بالتفصيل فی المقام.

و لو قيل بأنّ الجعل فی باب الوكاله ليس للقبض و الحفظ، بل للعمل، و لذا لو يفعل المأمور به لم يستحقّ الجعل، و لو ظهر فساده لم يحكم بفسادها، لكنّه غير تامّ، إذ لا ريب أنّه بعد الجعل يكون القبض لمصلحتهما كما أنّ العين فی

۱- جواهر الكلام: ۳۷/ ۲۳۵ المسأله الخامسه.

۲- جواهر الكلام: ۲۷/ ۴۳۲.

۳- جواهر الكلام: ۲۷/ ۴۲۸.

۴- مستدرك الوسائل: ۱۷/ ۳۶۸ الحديث ۲۱۶۰۱.

۵- جواهر الكلام: ۲۷/ ۱۲۲ و ۱۲۳.

المستأجر المحکوم یکون القول قول المالک فی الردّ إجماعا مقبوض لمصلحه القابض أیضا، مع کون العوض للمنفعه لا لها.

و أمّا کون الوکیل أمینا فغیر مستلزم لذلک، و إلّا لما توجّه التفصیل، لأنّ النزاع بین المالک و القابض قد یکون فی أصل الأمانه، و قد یکون بعد تسلیم المالک الأمانه الشأنیّه، و قد یکون بعد تسلیم الأمانه الفعلیّه أیضا.

فالأوّل: مثل ما لو ادّعی المالک غصبیّته و المنکر یدّعی أمانته.

و الثانی: مثل أنّه ادّعی تفریطه بعد اعترافه بکونه أمانه عنده عند القبض.

و الثالث: مثل ما ادّعی القابض تلفه بعد کونه أمینا باعتراف المالک.

ففی القسم الأوّل؛ لا شبهه فی تقدیم قول المالک، کما أنّه لا شبهه فی تقدیم قول القابض فی القسم الثانی، لکونه أمینا، مع أصاله عدم التفریط.

و فی الثالث کذلک، للأمانه و لتعذّر إقامه البیّنه أحیانا فاقتنع بقوله، و مسأله الردّ من القسم الأوّل، لأنّ المالک یدّعی علیه مالا کان عنده أمانه، و القابض ینکره، و لمّا کان القابض معترفا بقبضه الزم بالبیّنه، کما لو ائتمنه المالک فی زمان علی مال و قبضه ثمّ ادّعی علیه بذلک المال و اعترف بقبضه ثانیا لم یوجب الاستیمان الأوّل قبول قوله فی هذه الدعوی.

و قد یقال: إنّ المالک فی مسأله التلف یدّعی خیانته بدعواه التلف، فکما أنّ أمانته أوجبت قبول قوله، فکذلک فی مسأله الردّ یدّعی المالک خیانته، لصیرورته بذلک خائنا کالإنکار، و لذا لو ادّعی الردّ فیما یقبل قوله فی مکان أو حصره بمعیّن و أشهد المالک البیّنه علی عدمه أو علی کونه عنده حین الدعوی، ثبت إقراره بذلک ضمن قطعا، لأنّه بمعنی المنکر، فأمانته فی هذا المال باعتراف

مالكه يوجب قبول قوله.

و فيه نظر؛ لأنّ الخيانه تثبت بنفس جواب المالك فى دعوى المال و طلبه بخلاف التفريط، فتبصّر و لاحظ.

فالتحقيق أن يقال: إنّ مسأله الردّ مثل مسأله التلف فى كون الدعوى بعد تسليم المالك و اعترافه بكونه أمينا، و مقتضاه قبول قوله لقاعده الأمانه، لكن الأمين يقدّم قوله فى ما يتعلّق بفعله، فالقابض فى مسأله التلف يدّعى تلفه عنده و هو ينكره، و كذا فى التفريط، و فى دعوى المالك إنكاره فى زمان يوجب الضمان، لأنّه كما يكون بالتفريط خائنا فيكون يده يد ضمان، كذلك بإنكاره أيضا يصير خائنا، كما أنّه بتأخير التسليم مع المطالبه ضامن حيث لم يكن التأخير لحقّ، كإراده الإشهاد، و لم يكن منافيا للفورى العرفى، و إن كان منافيا للفورى الحقيقى، كما لو كان فى حمّام أو مطعم أو غيره، فإنّه يقضى حاجته ثمّ يردّه فورا.

و أمّا لو كان ممّا لا يتعلّق بفعله، بل بفعل غيره فلا يوجب أمانته قبول قوله، و هنا يدّعى القابض فعل غيره، و هو قبض مالكه.

نعم؛ لو ادّعى: أنّى أقبضته و لم تقبض أنت فتلف، فيتوجّه قبول قوله بغير إشكال.

و من هنا قلنا: إنّ مسأله الردّ فى باب الوديعه خرجت من عموم «البيّنه [على من ادّعى]» (۱) .. إلى آخره بالإجماع لا بغيره بل تمسّك جماعه هناك بمسأله الأمانه مع أنّ الودعىّ مدّع بكلّ وجه، فتدبّر!

۱- مستدرك الوسائل: ۱۷/ ۳۶۸ الحديث ۲۱۶۰۱.

فإن قلت: كما أنّ الودعیّ یدّعی فعل غیره فی مسأله الردّ، كذلک فی مسأله التلف إذا كان سببه فعل غیره كالسرقه أو غیرها ممّا یرجع إلی دعواه إتلاف غیره له لا التلف بنفسه، فالمتّجه حینئذ التفصیل فیهما، فلا یقبل قوله فی دعواه الإتلاف، لعدم منافاته مسأله الأمانه، كما ذكرت، و یقبل قوله فی دعوی التلف لا بفعل الغیر.

قلت: مقصود الودعیّ فی التلف و فی الردّ براءه ذمّته، و ذلک یحصل فی الأوّل بنفس التلف، فإن ذكر متلفا فهو من باب المثال، و لا یتعلّق به غرض أصلی، و فی الثانی لا یحصل إلّا بقبض المالک، و إن ذكر فعل نفسه فهو من باب المثال و المقدّمه، لحصول قبضه.

فالمدّعی فی الأوّل هو حصول الفعل عنده الموجب لبراءته، و إن استلزم فعل غیره فی بعض الموارد، كما لو ادّعاه بإتلاف متلف یصدّق فی ذلک، لكونه منتسبا إلیه، بخلاف الثانی، فإنّ المدّعی فیه نفس فعل الغیر، سواء استلزم فعله أم لا، كما لو ادّعی وصولها إلیه و لو لم یدّع إقباضه، فتدبّر! (۱)

۱- إلی هنا انتهت الرساله.

ص: ۴۶۹

رساله الوصایا

اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم

تصرّفات المريض

بعد الحمد و الصلاه فنقول: إنّ تصرّفات الإنسان فی مرض موته فی أمواله علی قسمین: معلّقه و منجّزه، و الغرض الآن البحث عن الثانیه، إلّا أنّه لا بأس للتعرّض لجمله من الکلام فی الاولی، و لعلّه تفید فی تنقیح ما هو الغرض المهمّ.

اعلم! أنّ التصرّفات المعلّقه المسمّاه بالوصیّه علی نحوین، لأنّها إمّا أن تکون مشتمله علی التملیک و نقل مال إلی آخر، و إمّا أن لم تکن کذلک، بل هی جعل ولایه و وکاله للغیر فی تصرّفاته بعد وفاه الموصی فی أمواله و غیرها، فهی الوصیّه العهدیّه، کما أنّ الاولی تملیکیّه.

أمّا العهدیّه المعبّر عنها بالإیصاء فهی فی الحقیقه بمنزله التوکیل فی حال الحیاه، فکما أنّ الوکیل له التصرّف فی ما وکّل فیه کیفما شاء مع رعایه المصلحه، فکذلک للوصیّ التصرّف فی المتعلّق بنحو ما ذکر، فهو بدل تنزیلیّ للموصی أقامه الموصی مقامه، بأن جعل له ما لنفسه من التصرّف فی المأذون فیه.

فالفرق بینهما أنّ ولایه الموصی علی أمواله و غیرها ذاتیّه مجعوله من قبل اللّه تعالی، بخلاف الوصیّ فولایته عرضیّه، و لذلک تحدّ الثانیه فی الجمله بما لا تحدّ الاولی.

و أمّا التملیکیّه؛ فإمّا أن تکون الوصیّه علی نفس التملیک، أو علی سببه، کما

فی باب الشرط، و قد اصطلح فیه بشرط النتیجه و الفعل، فکذلک الوصیّه إمّا هی بالتملیک المطلق الغیر المحتاج إلی السبب الخاصّ، و إمّا أن یکون محتاجا إلیه، و التملیک إمّا هو بغیر عوض أو مع العوض، و لذلک ربّما یقال: إنّ الوصیّه یمکن أن تفید ما یفید کلّ واحد من المعاملات، فقد تکون ثمرتها مثل البیع، و قد تکون مثل الصلح، و قد تکون مثل الإجاره و غیرها علی حسب اختلاف أنحاء الوصیّه التملیکیّه.

ثمّ إنّه لو أحرزنا کون الموصی به ممّا هو محتاج إلی السبب الخاصّ بحیث لا تؤثّر الوصیّه بنفسها فی تحقّقه، فلا إشکال أنّ الوصیّه بالنتیجه باطله، و أمّا لو لم نحرز و شککنا فیه، فهو- أی الشکّ- إمّا هو راجع إلی الموضوع العرفی أو الشرعیّ.

بیان ذلک: أنّ الشکّ فی تحقّق الموصی به بلا سبب خاصّ؛ إمّا أن یکون فی احتیاجه إلیه عرفا و عدم وقوعه بدون إجراء صیغه خاصّه عندهم. ضروره؛ أنّه قد تحقّق فی باب المعاملات أنّه کما تثبت فی الشریعه کونها محتاجه إلی أسباب خاصّه بعناوینها الخاصّه کالبیع و الهبه و الإجاره و نحوها دون التملیکات المطلقه، فکذلک ربّما یکون جمله منها محتاجه إلیها عرفا أیضا، بحیث لو لم یتحقّق لم یوجد أصل موضوع المعامله عند العرف، فلا یعقل أن یترتّب النتیجه، کما لا یخفی.

فعلی ذلک؛ لو شکّ فی تحقّق الموصی به بلا- سبب خاصّ عرفا مع قطع النظر عن الاحتیاج إلیه شرعا فلمّا یرجع الشکّ إلی الشکّ فی تحقّق الموضوع و المصداق، فلا یبقی مجال للتمسّک بالعمومات و الإطلاقات إلّا علی مذهب من

جوّز التمسّک بها فی إحراز شرط الصحّه عند الشکّ فیها، کما فی باب النذر إذا شکّ فی موضوع کونه راجحا- حتّی یصحّ تعلّق النذر به- أم لا، قد تمسّک بعض (۱) فی صحّه مثله بعموم: یُوفُونَ بِالنَّذْرِ (۲).

و هذا مبنیّ علی أن یکون العامّ- مضافا إلی کونه متکفّلا لبیان الحکم الکلّی أیضا- مشتملا علی بیان الصغری.

و بعباره اخری؛ علی بیان کون المحلّ قابلا لتعلّق هذا الحکم الکلّی من النذر و غیره به، فکذلک فی المقام یتمسّک لصحّه مثل الوصیّه المذکوره بعمومات الوصیّه، و أمّا لو قلنا بعدم جواز التمسّک بالعمومات فی مثل هذه الموارد- کما هو التحقیق- فلا محیص عن الحکم ببطلان الوصیّه المذکوره، لما عرفت.

و أمّا إن لم یرجع الشکّ إلی المعنی العرفی، بل احرز عدم احتیاج تحقّق الموصی به عند العرف إلی السبب الخاصّ، و لکن شکّ فی احتیاجه إلیه شرعا فالظاهر أنّه لا مانع من الحکم بالصحّه تمسّکا بأصاله عدم احتیاجه، کما تمسّکوا فی باب الشرط عند الشکّ فی صحّته من جهه کونه مخالفا للکتاب و السنّه بأصاله عدم المخالفه (۳).

و لمّا یرجع الشکّ فی ما نحن فیه أیضا إلی کون الوصیّه المعهوده مخالفه لهما؛ لاحتیاج تحقّق الموصی به إلی السبب الخاصّ و عدم تحقّقه بصرف الوصیّه، فکذلک لا بأس بالتمسّک بأصاله عدم المخالفه فیه، کما لا یخفی.

۱- جواهر الکلام: ۳۵/ ۳۵۶.

۲- الإنسان (۷۶): ۷.

۳- علی الإشکال المعروف فیه، «منه رحمه اللّه».

ثمّ اعلم! أنّ حال النذر المتعلّق بالفعل أو النتيجه كحال الوصيّه فی ما ذکر، إلّا أنّه فیه إشکال من جهه اخری، و هو أنّه لا شبهه فی أنّ التملیکات القصدیّه الاختیاریّه لا تتحقّق بدون القبول، و إن کان التملّک القهری یقع بدونه، کما فی الإرث، فعلی ذلک؛ کیف یلتزم بتحقّق النذر المتعلّق بالتملیک المطلق؟ و لو کان غیر محتاج إلی السبب الخاصّ إلّا أنّ تحقّق أصل التملیک موقوف علی قبول المتملّک، فلا بدّ فی الحکم بصحّه النذر المفید للتملیک إمّا بالالتزام باشتراط النذر المذکور و صحّته بالقبول، أو عدم احتیاج التملّک الاختیاری إلی القبول، و لا ریب أنّ کلیهما مخالف للارتکاز و الإجماع.

فمن ذلک ظهر أنّ الإشکال سار فی باب الوصیّه التملیکیّه أیضا بناء علی القول بعدم احتیاجها إلی القبول، و کونها من مقوله الإیقاع، إلّا أنّ الّذی یسهّل الأمر فیها احتیاجها إلی القبول إجماعا، إمّا بعنوان الشرطیّه أو الجزئیّه، و إن کانت الاولی أقوی، لأنّ الظاهر کون الوصیّه من سنخ الإیقاعات لا العقود.

أقول: أوّلا ـ فی انقسام الوصیّه التملیکیّه إلی ما ذکر نظر، و ذلک لأنّ الوصیّه التملیکیّه علی ما یستفاد من أدلّتها، و یظهر من کلمات الأصحاب هی ما تفید نقل الشی ء بلا عوض، فالمأخوذ فی موضوعها هو التبرّع، و لذلک جعل بعض الأساطین من جمله أجزاء تعریفها قید التبرّع (۱).

فعلی ذلک کیف یلتزم بإفادتها فی بعض الموارد الانتقال مع العوض، إلّا أن یرجع ذلک إلی أقسام الوصیّه العهدیّه، فیکون مرجعها إلی جعل الولایه للوصیّ علی تبدیل بعض أمواله بأحد عناوین المعاملات إلی شی ء آخر.

۱- تذکره الفقهاء: ۲/ ۴۵۲ ط. ق، جواهر الکلام: ۲۸/ ۲۴۲.

و ثانیا: أنّه قد اتّضح فی باب الشرط و نحوه أنّ الالتزام بأمر یحتاج وقوع الملتزم به إلی إقدام شخصین و قیامهما علیه، یکون مرجع التزام أحد بإیجاد مثل هذا الأمر إلی الالتزام بإیجاد المقتضی من قبل نفسه و رفعه مانع وجوده، فمثل الالتزام بالبیع یکون مفاده الالتزام بإنشائه الإیجاب- مثلا- و کذلک غیره من الامور المتوقّف تحقّقها علی قیام شخصین علی إیجادها، فعلیه یرتفع إشکال النذر المتعلّق بالتملیک، لأنّ مرجعه إلی الالتزام بإیجاد ما هو تحت اختیاره، و أمّا تملّک الغیر و قبوله فلیس متعلّقا للنذر رأسا.

مضافا إلی أنّه یمکن الدعوی بأنّ مفاد مثل هذه النذور و کذلک الوصیّه بناء علی عدم احتیاجها إلی القبول مطلقا إنّما هو الالتزام بالبذل و الإباحه، غایه ما فیه أنّه بذل معلّق، فبناء علی عدم الإشکال من هذه الجهه فعلیه یرتفع الإشکال أیضا، لعدم احتیاج البذل إلی القبول، فافهم!

متعلّق الوصیّه

ثمّ إنّ متعلّق الوصیّه التملیکیّه إمّا تبرّعی أو واجب، و لا إشکال فی خروج الأوّل من الثلث، و أمّا الثانی فیظهر حاله بعد ذکر أقسامه.

فنقول: إنّ له أقساما أربعه، و ذلک لأنّ متعلّقها إمّا واجب مالی و حقوق خلقیّه، مثل الدین، و کذلک الوصیّه بالزکاه و الخمس و نحوها، ممّا هی أموال مستقرّه علی الذمّه المنتزعه عن ثبوتها علی العهده الحکم التکلیفی، بحیث یکون الأثر الثابت أوّلا و بالذات اشتغال العهده بالمال و تحقّق الحکم الوضعی، ثمّ یترتّب علیه وجوب الردّ و تحصیل البراءه عمّا اشتغلت الذمّه به، فقد یکون

متعلّق الوصيّه مثل هذه الامور.

و إمّا أن يكون الدين الثابت على الذمّه العمل الّذى يبذل بإزائه المال فيوصى بأداء مثل هذا الدين، كما إذا أوصى بخياطه ثوب مشخّص المشتغل بها فى حياته، و نحوها من الأعمال المتعلّق بها الإجاره الموجب لاشتغال الذمّه لصاحب العمل.

و إمّا أن يكون متعلّق الوصيّه التطبيق، كما إذا أوصى بأداء دينه من ماله الخاصّ، مثل داره أو بستانه و غيرهما.

و إمّا أنّ متعلّقها مثل أداء الكفّارات الواجبه على الموصى، أو إكرام من أمره والداه بإكرامه، أو تأديه الصدقه المنذوره، و نحوها ممّا ليس الثابت بها على الذمّه أوّلا و بالذات مال، بل إنّما أثرها الحكم التكليفىّ المحض لا أن يثبت على عهدته لأحد حقّ حتّى يدخل فى الواجبات الماليّه بمعنى الديون، كما فى الأمثله المذكوره، فإنّ التحقيق أنّ فى مثل الكفّارات بل و كذلك النذر و غيره و لو كان مورد النذر شخصيّا معيّنا، لا يثبت بسبب وجوب الكفّاره و النذر حقّ لأحد على المكفّر و الناذر، و لذلك ليس للفقير و لا للمنذور له مطالبتهما الكفّاره و المال المتعلّق للنذر.

و بالجمله؛ فليس هذه الأصناف من الواجبات الماليّه من سنخ الديون، بل إنّما هى واجبات و تكاليف شرعيّه نشأت من أسبابها، فتثبت على عهده المكلّف بلا إحداث حقّ مالىّ لأحد عليه.

نعم؛ لمّا يتوقّف امتثال مثل هذه التكاليف على صرف المال فصار مقدّمه له، فعدّ من الواجبات الماليّه، لا أن يكون حقيقتها متقوّمه بالمال حتّى يكون

التکلیف منتزعا من الوضع، کما فی القسمین الأوّلین، فهذه أصناف متعلّق الوصیّه التملیکیّه.

موارد إخراج الدین من الأصل أو الثلث

ثمّ لا خفاء فی کون الدین مخرجا من أصل المال فی الجمله، و لکن لمّا کان بعض الصور مشکوکه فلا بدّ من تأسیس الأصل أوّلا فی أنّ الأصل یقتضی إخراج الموصی به من الأصل أو الثلث، حتّی یرجع إلیه عند الشکّ.

فنقول: إنّ الأصل فی الباب هو ما ذکروا فی باب الدین من أنّ الدین [هل هو] مانع عن أصل انتقال مال المورّث إلی الورثه بمقدار الدین، أم لا، بل المال ینتقل إلی الورثه، و إنّما الدین مانع عن التسهیم؟

فإن بنینا علی الأوّل فلمّا کان حال الوصیّه حال الدین و لازمه عدم انتقال المال إلی الورثه رأسا إلّا ما زاد عن الوصیّه، فمقتضی القاعده خروج الموارد المشکوکه عن الأصل، لأنّ الشکّ- فیما لو أوصی بتطبیق الدین علی مال خاصّ للموصی، مثلا: الّذی کان نفوذ مثله فی ما زاد عن الثلث من الموارد المشکوکه- هو فی أصل انتقال عین المال إلی الورثه، و لا خفاء أنّ الأصل (۱) عدمه إلّا ما زاد عن الوصیّه.

هذا؛ بناء علی عدم تمامیّه الأدلّه الاجتهادیّه، مع أنّ الظاهر أنّه لا قصور فیها، حیث إنّه و لو نوقش فی آیه الإرث (۲) من جهه کونها مقیّده بعدم الوصیّه

۱- بمعنی استصحاب عدم الانتقال الثابت حال حیاه الموصی، «منه رحمه اللّه».

۲- النساء (۴): ۱۱ و ۱۲.

و الدين، إلّا أنّه لا قصور فی عموم «ما ترکه الميّت فهو لوارثه» (۱).

و أمّا إن بنی علی الثانی- کما هو التحقيق- فمقتضی ذلک خروج المشکوک عن الثلث؛ إذ المفروض أنّ أعيان المال انتقل إلی الورثه فثبت کونها مالا لهم، فقاعده السلطنه لمّا کانت محکّمه فلا يجوز الخروج عنها إلّا بالمقدار المتيقّن و هو الثلث، کما لا يخفی، هذا ما يقتضيه الأصل.

و أمّا الحکم بحسب الدليل؛ فنقول: إنّ الحکم فی الواجبات الماليّه- أی التکاليف الّتی مآلها يکون إلی الالتزام بصرف المال فی مثل الکفّارات و نحوها من القسم الرابع فی الوصيّه بخروجها من صلب المال أو ثلثه- لمّا کان تابعا لصدق الدين عليها (۲) و عدمه، فلا بدّ من البحث فی ذلک.

فنقول: إنّ الدين عباره عن اشتغال الذمّه بالمال، بحيث إذا يتحقّق الدين فالعهده يفرض عند العرف بمنزله وعاء فی الخارج موضوع عليها الشی ء الموجود فيه، بحيث يوجد أوّلا علقه بين المال و العهده، فيکون أثر ذلک ثبوت الحقّ للغير علی الذمّه، ثمّ يترتّب علی ذلک الحکم الشرعی التکليفی بالأداء.

و لا ريب أنّ هذا المعنی لا يعقل فی الأحکام التکليفيّه لأنّه قد أوضحنا فی محلّه أنّ التکاليف إنّما يتعلّق بالأمر المعدوم لا بالموجود، و إلّا يلزم تحصيل الحاصل، فالمتعلّق به التکليف و إن لم يکن معدوما مطلقا؛ لأنّه إنّما يتعلّق بالصور الذهنيّه الثابته فی ذهن المکلّف فيأمر بإيجادها فی الخارج، إلّا أنّ ذلک

۱- مسند أحمد: ۲/ ۴۵۳، سنن ابن ماجه: ۲/ ۹۱۴ الحديث ۲۷۳۸، مع اختلاف يسير.

۲- الّذی وقع فی کلمات الأصحاب و معاقد الإجماعات هو إنّما يخرج من صلب المال الواجبات الماليّه، و عليه يمکن أن يختلف مع ما فی لسان الأدلّه، و لکنّ الظاهر رجوع کلماتهم إليها أيضا، فراجع!، «منه رحمه اللّه».

لا يوجب تحقّقه فى الخارج قبل إيجاده المكلّف [به]، فالخارج ظرف لسقوط المأمور به لا لثبوته، فإذا امتنع وجود المأمور به فى الخارج قبل إيجاده فلا يتصوّر فى الأحكام التكليفيّه ما هو الملاک فى معنى الدين و صدقه، بل هو مختصّ بالوضعيّات الّتى لها نحو ثبوت و اعتبار وجود فى الخارج، بخلاف التكاليف الّتى لا يعقل الوجود لها فى الخارج لا فى الذمّه و لا فى غيرها.

بل بعد تعلّق التكليف من طرف الشارع بها و حكم العقل حينئذ بلزوم الإطاعه، فحينئذ يعتبر أمر كلّى ليس له مساس بالغير لا تكليفا و لا- وضعا، فلا يطلق الدين إلّا على المال الثابت فى الذمّه- الّذى قد عرفت أنّ الحكم التكليفى يكون تابعا له- لا فى الواجبات الّتى يكون بذل المال مقدّمه لامتثالها بلا أن تكون الذمّه مشتغله بالمال فى الحقيقه، كما فى الديون.

أقول: يمكن الدعوى بأنّه كما أنّه عند تعلّق حقّ الغير على الذمّه بسبب أخذ ماله أو التصرّف فى حقّه يرى عند العرف اشتغال العهده بالمأخوذ بحيث يرى لذلک بعنايه نقلا على العهده فى الخارج؛ كذلک بتلک العنايه أيضا يرى ثبوت شى ء على العهده عند تعلّق التكليف الشرعى بالشخص، خصوصا إذا كان متعلّق التكليف هو بذل المال، و لذلک يعبّر عند تعلّق الطلب؛ بالتكليف المشتقّ من الكلفه المساوق مع النقل.

و إن أجاب عن ذلک- دام ظلّه- بأنّ التكليف عباره عن إلزام العقل فى أثر إلزام الشرع.

و لكن يمكن أن يقال: إنّ إلزامه بالامتثال ليس إلّا أنّه يرى عهده العبد مشتغلا بالمأمور به عند تعلّق طلب الشارع، فالتعبير عن التكليف أيضا هو بهذه العنايه.

و أمّا أنّ التكليف لا ـ يتعلّق إلّا بما ليس بموجود؛ فلا ينافى ذلک ما ادّعيناه، لأنّ امتناع تحقّق المكلّف به فى الخارج لا يستلزم عدم اعتبار وجوده (لا يمنع عن اعتبار وجود) على العهده، ضروره أنّ تحقّقها فى الخارج يوجب تعلّق الطلب بالموجود، لا فى الذمّه، كما لا يخفى.

ثمّ أفاد- دام ظلّه- بأنّه بعد أن اتّضح حال الدين و حقيقته، و أنّ سنخ وجوده غير سنخ التكاليف و الواجبات، فظهر ذلک أنّ الّذى تقتضيه القاعده من الحكم بخروج الواجب المالى من الأصل فى الأقسام الأربعه من الوصيّه، هو فى القسمين الأوّلين؛ لما عرفت من تطبيق معنى الدين عليهما، و أمّا غيرهما محلّ إشكال، بل الأقوى الحكم فى القسم الرابع من الواجبات الّتى تؤول إلى صرف المال بخروجها من الثلث، و لذلک لو لم يوص بالأوّلين أيضا يجب تأديتهما و إخراجهما من أصل المال، بخلاف الآخرين.

و أمّا الكلام فى النذر فيما لو كان واجبا عليه عتق رقبه، فأوصى بإعتاقه- مثلا- أو نذر أن يهب شيئا لأحد، فأوصى بالهبه.

و بالجمله؛ فيما لو كان النذر متعلّقا بالفعل فإن قلنا بأنّه يعتبر لنفس هذا الفعل- أى الهبه مثلا- الماليّه العرفيّه، كما قيل بمثله فى بعض الأعمال أيضا و لو لم تكن بصيغه، فتصير حكم نذر مثل هذه الأفعال حكم القسم الثانى.

و إن لم نقل بذلک، بل بنى على كون اعتبار الماليّه فى نتيجته، لا ـ فى أصل العمل، فحكمه حكم سائر الواجبات الّتى مآلها يكون إلى صرف المال.

بقى الكلام فى تحقيق ما يظهر من بعض الأخبار من إطلاق الدين على

مطلق الواجبات (۱)، فإنّه قد یتوهّم أنّه یستفاد منها کون حکمها حکم الدین، مثل ما ورد فی أخبار الحجّ من أنّه دین اللّه و دین اللّه أحقّ أن یقضی (۲).

و قد یجاب عن ذلک بأنّ تنزیل الحجّ منزله الدین لا یدلّ علی کون مطلق الواجبات حالها حال الدین و کونها بمنزلته، فیمکن أن یکون له نحو خصوصیّه، بحیث صار لذلک من الوضعیّات حتّی یکون الوجوب التکلیفی له منتزعا من الوضع، و لذلک أجمعوا علی کونه مخرجا من صلب المال.

و فیه: أنّه ورد فی باب أخبار الصلاه أیضا ما یستفاد منه هذا المضمون، مثل قوله علیه السّلام: «لا تؤخّر الصلاه فإنّها دین اللّه» (۳)، و من جهه عدم القول بالفصل یتمّ المدّعی فی سائر الواجبات.

فحقّ الجواب أن یقال: أوّلا؛ بأنّه إنّما یتمّ المدّعی إذا ثبت عموم المنزله، بمعنی أن یکون التکلیف الإلهی مثل الدین فی جمیع الآثار (۴)، أی حتّی من حیث اعتبار الوجود لها فی الذمّه، حتّی یکون لازم ذلک تأدیته من أصل المال.

و من المعلوم؛ أنّه لم یثبت ذلک، إذ یحتمل أن یکون التنزیل بلحاظ وجوب القضاء فقط، کما یمکن أن یکون تنزیل الصلاه أیضا بلحاظ عدم جواز تأخیره، لا من جمیع الجهات، إذ لا یستفاد من التنزیلین عموم أو إطلاق.

۱- لاحظ! وسائل الشیعه: ۱۹/ ۴۲۶ الباب ۹۱ من أبواب الوصایا.

۲- کنز العمّال: ۸/ ۴۹۵ الحدیث ۲۳۸۰۴، تذکره الفقهاء: ۷/ ۹۹.

۳- الکافی: ۸/ ۳۴۸ الحدیث ۵۴۷، مع اختلاف فی الألفاظ.

۴- و یشهد علی ذلک أنّهم ما التزموا بمطلق الآثار الّتی للدیون العبادیّه؛ للدیون الإلهیّه کخروج المستثنیات (کعدم خروج المستثنیات فی مثل الکفّارات) فی الکفّارات و غیرها؛ للانصراف و غیره، کما هو الظاهر، و المسأله تحتاج إلی المراجعه، و اللّه ولیّ التوفیق، «منه رحمه اللّه».

و ثانیا: مع تسلیم استفاده عموم التنزیل، یمکن أن یکون ذلک فی خصوص الحجّ، بالبیان الّذی احتمله کلام المجیب، کما یؤیّد ذلک ورود الأخبار المتظافره فی وجوب إخراجها من صلب المال (۱) فتأمّل!

و ثالثا: أنّه لا بدّ أن یعلم المراد من أنّ المفضّل علیه المستفاد من لفظ «أحقّ أن یقضی» (۲) أیّ شی ء؟ فإن کان المراد تفضیلها علی مطلق الدیون حتّی حقوق الناس و دیون العباد فهو لیس بمراد قطعا، للإجماع علی تقدّم الدین علی الحجّ، فتعیّن أنّ المراد به إمّا التجرید من معنی التفضیل مطلقا، أو الترجیح علی التبرّعیّات، فیکون المراد: أنّه إذا أوصی بثلث ماله لصرفها فی التبرّعیّات و الحجّ، و لم یف ثلث المال بالمجموع، فالحجّ مقدّم، فعلی ذلک یسقط الاستدلال بمثل هذه الفقره علی وجوب إخراج الواجب المالی من الأصل، إذ لیس ناظرا إلیه.

أقول: و فیه ما لا یخفی، لأنّه أوّلا من قال بتقدّم الدین علی الحجّ؟ بل الحجّ مشارک مع الغرماء علی ما علیه الأصحاب، و ثانیا إنّ الحجّ لا یزاحم التبرّعیّات لو أوصی بصرف ثلث المال فیها، بل الحجّ عند ذلک یستخرج من الأصل لو لم یف الثلث بهما، فظهر من ذلک إشکال ثالث، و هو: أنّه لا- مجال لتنزیل هذه الفقره علی مورد الثلث لا- الأصل، مضافا إلی تظافر الأخبار فی إطلاق الدین علی الحجّ (۳) عند الحکم بوجوب إخراجها من أصل المال، و لا یختصّ التعبیر به بالمضمون المتقدّم، کما یظهر ذلک لمن راجع أخبار باب الحجّ.

۱- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۳۵۷ الباب ۴۱ من أبواب الوصایا.

۲- مرّ آنفا.

۳- مرّ آنفا.

فرع: لو أوصى أحد بإعطاء زيد دينارا و تردّد أمر ذلك بين كونه إعطاء تبرعيّا أو دينا واجبا عليه أداؤه، و لم يظهر منه ما يدلّ على أحدهما، هل الأصل يقتضى كونه تبرعيّا، و لازمه الخروج من الثلث، أو دينا واجبا، حتّى يستخرج من الأصل؟

قد يقال بالثانى، نظرا إلى أنّ عمومات الوصيّه تقتضى خروج الوصيّه من الأصل مطلقا، ثمّ خصّص ذلك بالتبرعيّات، فإذا ارتفع كونها تبرعيّا بالأصل فتصير عمومات الوصيّه محكمه.

و لكن ذلك خلاف التحقيق، و ذلك لأنّه لا إشكال فى أنّ لنا عمومات اخر فى مقابل عمومات الوصيّه، و هى ما يدلّ على ردّ الوصيّه إلى الثلث الّتى أوجبت تخصيص عمومات الوصيّه، ثمّ خصّصت هذه العمومات أيضا بما دلّ على وجوب إخراج الزكاه من صلب المال، لكونها واجبا ماليّا، فلمّا تصير نتيجه الطوائف الثلاثه من العمومات أنّ الوصيّه تستخرج من الثلث إلّا ما هى واجب مالىّ، فيصير تمام الموضوع للحكم بالخروج من الصلب هو كون الوصيّه على الواجب المالى، فلا يبقى أثر للتبرّعيّه و عدمها، فيصير مقتضى القاعده الخروج من الثلث حتّى يثبت كونها واجبا ماليّا، و من المعلوم؛ أنّ الأصل موافق مع عدمه.

و بالجمله؛ فيصير المرجع عند الشكّ هو العمومات الدالّه على ردّ الوصيّه إلى الثلث؛ لسقوط عمومات الوصيّه عن المرجعيّه بعد ثبوت التخصيص.

أقول: يظهر من السيّد قدّس سرّه فى المقام عدم جواز التمسّك بالعمومات مطلقا فى المقام، لكونها من باب التمسّك بالعامّ فى الشبهات المصداقيّه، و لذلك جعل

المرجع هی الأصول العملیّه عند الشکّ، فجعل الأصل فی المقام هی أصاله عدم النفوذ و الإنفاذ و عدم انتقال الموصی به إلی الموصی له.

و أنت خبیر بأنّ الرجوع إلی العمومات لیس من جهه تعیین المصداق، لما ظهر لک من أنّ المشکوک فیه لمّا کان أمره مردّدا بین أن یکون من أفراد المخصّص بالفتح أو المخصّص بالکسر، ثمّ بالأصل أثبتنا عدم کونه من أفراد الثانی، فجعل بعد ذلک المرجع [هی] العمومات الدالّه علی الردّ بالثلث، ففی الحقیقه تعیین الموضوع إنّما یثبت بمئونه الأصل، و التمسّک بالعامّ إنّما هو لإثبات الحکم کما هو الدأب فی کلّ ما لو کان منشأ الشکّ هو احتمال کون الفرد المشکوک فیه من مصادیق المخصّص و أمکننا نفیه عنها بالأصل، فتأمّل! (۱).

ثمّ إنّه جعل- دام ظلّه- خاتمه البحث فی الوصیّه التکلّم فی سائر أنواع التصرّفات المعلّقه علی الموت مثل العتق المعلّق علیه المسمّی بالتدبیر، أو النذر المعلّق علیه أیضا، و صار محصّل إفاداته کونهما من أفراد الوصیّه فی الجمله أیضا، بشرط ما لو کان النذر معلّقا علی موت الناذر لا مطلقا، فافهم!

معنی التنجیز

فلنصرف الکلام إلی ما هو المقصد بالبحث فنقول: جهات من البحث فی المنجّزات ینبغی التکلّم فیها، فقولهم: و فی منع المریض من التبرّع المنجّز .. إلی آخره (۲).

۱- و ذلک مبنیّ علی دفع الإشکال المعروف فی مثل أصاله عدم القرشیّه و نحوها، «منه رحمه اللّه».

۲- تذکره الفقهاء: ۲/ ۴۸۷، جواهر الکلام: ۲۸/ ۴۶۸.

الجهه الاولى؛ فى تحقيق المراد من ألفاظ هذا العنوان، فهل المراد من التنجيز هو المنجّز بقول مطلق، بحيث لم يكن فى التصرّف الواقع فى حال المرض تعليق من جهه أصلا، حتّى فيما لو نذر فعلّقه على أمر واقع فى حال حياته يخرج عن المنجّز و عن محلّ الخلاف، أم لا، بل المراد من المنجّز أن لا يكون التصرّف معلّقا على الموت؟

الظاهر؛ أنّه لا ـ ينبغى التأمّل (۱) فى أنّ ملاك المنجّز هو المعنى الثانى، لا ـ الأوّل، فالنذر المذكور ليس داخلا فى التصرّفات المعلّقه حتّى يدخل فى عنوان الوصيّه، بل التحقيق [أنّه] من مصاديق المنجّزات، و داخل فى محلّ الخلاف.

و إنّما الكلام فى بعض الأفراد، مثل ما لو نذر و علّقه على موت نفسه، ففى مثله يقع الإشكال فى كونه وصيّه معلّقه، أو معدوده من المنجّزه، إذ الوصيّه عباره عن التصرّفات المعلّقه على الموت بحيث يقع الموصى به بعده، لا ما إذا كان الموت مشروطا عليه، إذ المفروض أنّه نذر أنّه لو مات فى المحلّ الفلانى- مثلا- فيكون مقدار من ماله لزيد، لا أن يكون المال المعيّن لزيد بعد موته، بحيث يكون «بعد الموت» ظرفا لوقوع التصرّف و أثره فى الخارج.

و لا ريب أنّ المنساق من أدلّه الوصيّه هذا المعنى، لا ما إذا كان الموت شرطا له بالمعنى المذكور، فلذلك يستشكل فى كونه وصيّه، و كذلك ليس منجّزا، إذ المستفاد من دليله أيضا غير هذا المعنى، إذ التصرّف و إن لم يكن معلّقا وقوعه على بعد الموت، إلّا أنّه ليس واقعا قبل الموت أيضا، كما هو الظاهر من معنى التنجيز.

۱- كما يظهر ذلك بالمراجعه فى أدلّه الباب و كلمات الأصحاب، «منه رحمه اللّه».

و لكن لا ريب أنّ مناط المنجّز هو كون مثل هذا التصرّف فى حال مرض الموت إضرارا على الورثه، و كذلك يشمله ما يدلّ على أنّ المريض محجور عن التصرّف فى ما زاد عن الثلث، و إن لم تشمله العناوين الخاصّه للمنجّزات، مثل الهبه و العتق و الصلح و نحوها، و كذلك فيما لو نذر و علّقه على موته، كما لو نذر أن يكون مقدار من ماله لزيد بعد موته، أيضا فى كونه من مصاديق التصرّف المعلّق أو المنجّز غموض، إذ قد عرفت أنّ الوصيّه عباره عن الإنشاء الفعلى المعلّق على الموت.

و أمّا النذر بأن يكون ماله الفلانى موهوبا لزيد بعد وفاته؛ فهذا يرجع فى الحقيقه إلى النذر بالوصيّه، لا أن يكون وصيّه، و كذلك ليس منجّزا؛ لعدم انطباق أدلّته الخاصّه له و إن شملته أدلّته العامّه، و كذلك فيما نذر هبه شى ء لأحد و علّقه على أمر اتّفق وقوعه بعد موته، و أيضا فيما لو نذر و تحقّق المعلّق عليه فى حياته و حال مرضه الّذى هو محلّ الكلام فى جميع الأمثله.

و كيف كان؛ فعدم كونهما من التصرّف المعلّق حتّى يدخل فى الوصيّه معلوم، و كذلك دخولهما فى مصاديق المنجّز إشكال.

ففى جميع هذه الصور، و كذلك مثلها، فإن بنينا على كونها من أفراد المنجّز فيدخل فى محلّ الخلاف، و إن بنينا على كونها شقّا ثالثا، فالتحقيق هو الحكم بالنفوذ مطلقا و خروجها من الأصل؛ لجريان الأصول المقتضيه لذلك فى جميع الأفراد المشكوكه من قاعده «السلطنه» لو كان منشأ الشكّ قصور السلطنه، و كذلك أصاله عدم تعلّق حقّ الغير، لو كان المنشأ تعلّق حقّ الورثه،

و أدلّه المعاملات و نحوها من العمومات مثل: «أوفوا بالنذر» (۱)، و غيره (۲)، لو كان المنشأ تحقّق المسبّب، و سيأتى البحث عن كلّ واحد من هذه الاصول إن شاء اللّه تعالى.

معنى الحجر

اشاره

و أمّا المراد من التصرّف الممنوع؛ فلا خلاف فى كون التبرّعيّات مطلقا منه، و كذلك المعاملات المحاباتيّه، أى ما يكون الثمن المسمّى فيها أقلّ من ثمن المثل، و إنّما الإشكال فى بعض أنواع التصرّف من إسقاط بعض الحقوق و غيرها، و لكنّ الضابط المستفاد من أدلّه الباب الّذى هو الجامع للمصاديق هو التصرّف المستلزم للإضرار على الورثه مع انطباقه على العناوين الخاصّه فى الباب، فافهم!

و أمّا المراد بالمرض؛ فقد وقع الخلاف فيه من جهتين، بل جهات، الاولى: فى أنّه هل المناط فى الحجر و عدمه هو المرض أم لا، بل الإنسان عند موته مطلقا محجور عن التصرّف فى ما زاد عن الثلث؟

الثانيه: بعد البناء على الأوّل، هل المرض مطلقا مناط، أم المخوف منه؟

الثالثه: هل الحكم مختصّ بأواخر المرض ممّا هو قريب بالموت، أم يكون أعمّ منه و أوائله و إن طال المرض.

و تنقيح البحث يظهر بعد التكلّم فى المنساق من أدلّه الباب.

۱- إشاره إلى قوله تعالى: يُوفُونَ بِالنَّذْرِ الإنسان (۷۶): ۷.

۲- و لعلّه إشاره إلى قوله تعالى: وَ لْيُوفُوا نُذُورَهُمْ الحجّ (۲۲): ۲۹.

فنقول: إنّ أخبار الباب بين طوائف ثلاث:

إحداها: ما يستفاد منها حجر المريض عمّا زاد عن الثلث.

اخراها: المستفاد من سؤال الراوى و جواب الإمام عليه السّلام أنّ الرجل إذا حضره الموت فمحجور عمّا زاد عن الثلث.

ثالثها: قريب ذلك من قبيل «عند موته» أو «عند وفاته» (۱).

ثمّ إنّ كلّ واحد من هذه العناوين الواقع فى لسان طائفه خاصّه من الأخبار مطلقه، بمعنى أنّه ليس أحدها مقيّدا بالآخر، و لا ريب أنّ النسبه بينها عموم من وجه، فلا وجه لحمل أحدها على الآخر بحسب المدلول اللفظى، و إنّما الإجماع قائم على كون المراد بالمرض، ليس مطلقا، بل هو المرض المتّصل بالموت، و إن أمكن استفاده ذلك من اللفظ بعنايه أيضا، و أمّا العنوان الآخر- و هو حضور الموت أو عند الوفاه- و إن كان أيضا مطلقا يشمل مثل المحكوم بالقتل بالقصاص أو الحدّ، أو من كان فى مرماه، فلازم ظهوره عدم نفوذ وصيّتهم فى ما زاد عن الثلث أيضا.

و لكنّ الّذى يبعّد كون الإطلاق مرادا دعوى الانصراف فى هذه الألفاظ و غلبه إطلاق «من حضره الوفاه» و كذلك لفظ «عند الموت» على المريض، و ندره تلك الموجبات وجودا و إطلاقا، و من ذلك ظهر أمر آخر، و هو عدم كون المرض بإطلاقه مناطا، بل لا بدّ و أن يكون مخوفا منه حتّى يؤثّر فى الحجر؛ إذ قول السائل: (حضره الوفاه) (۲) لا يسأل إلّا عن حال مريض يكون مخوفا منه،

۱- وسائل الشيعه: ۱۸/ ۴۱۲ الباب ۳ من أبواب الحجر.

۲- وسائل الشيعه: ۱۹/ ۲۷۶ الحديث ۲۴۵۸۲ و ۲۴۵۸۳ و ۳۰۱ الحديث ۲۴۶۴۷.

فظهور السؤال مع الجواب المنزّل عليه دالّ على ذلک، فمرجع هذا یکون إلی دعوی انصراف آخر.

فانقدح ممّا ذکرنا؛ أنّ التحقیق هو ما ذهب إلیه الشیخ قدّس سرّه (۱) من اشتراط مخوفیّه المرض، و أیضا عدم کون حضور الموت علّه مستقلّه للحجر کما زعمه بعض (۲)، نظرا بالإطلاق الصوری- لما عرفت من الأدلّه- غفله عن القرینه الحالیّه الّتی احتفّ الکلام به الموجب لانصراف اللفظ إلی الوجه الأخصّ، فالموضوع لعنوان المسأله- الّذی هو محلّ للخلاف- هو المرض المتّصل بالوفاه، لا المرض المطلق، بلا خلاف، و لا مطلق حضور الموت؛ لعدم مساعده الدلیل علیه، کما أوضحنا.

بقی الکلام فی أنّه بناء علی الحجر، هل الحکم ثابت لمطلق أیّام المرض، أم مختصّ بآخره القریب بالوفاه؟ فمثل مرض الدقّ و نحوه الّذی یمکن أن یطول مدّه من الزمان، فلو أوصی فی أوائله، فحکمه مثل حمّی العفن الّذی لو انتهی إلی الموت لا یطول غالبا، أم لا، بل الحجر فی مرض الدقّ و أمثاله منحصر بالأواخر الّذی یقال عرفا: إنّه قرب موته؟ فهذه المسأله أیضا صارت منشأ للإشکال و الخلاف.

ثمّ لا یخفی أوّلا أنّ مقتضی ظواهر الأدلّه أیضا الإطلاق، و لا مجال لدعوی الانصراف و نحوه للاختصاص من اقتضاء الإطلاق و التقیید ذلک، إذ قد یتوهّم أنّه بعد البناء علی کون المراد من حضور الموت و الوفاه هو المرض الّذی

۱- حکی عنه فی جواهر الکلام: ۲۶/ ۷۴ و فی جامع المقاصد: ۱۱/ ۹۶.

۲- نقل عن القواعد فی جواهر الکلام: ۲۶/ ۷۴.

انتهی إلیهما، فعلی ذلک؛ لا یستفاد منها إلّا ثبوت الحکم للمریض الّذی قرب موته، فلا بدّ لذلک من رفع الید عن ظهور الإطلاق فی سائر الأدلّه الدالّه علی الحجر فی مطلق المرض.

و دفع ذلک؛ هو أنّه إنّما یصار إلی التقیید إذا ثبتت وحده المطلوب، و أمّا إذا لم یثبت تلک کما فی ما نحن فیه؛ بل أمکن أن یکون کلّ واحد من المرض بإطلاقه- أی و لو کان أوائله الّتی بعیده عن الموت، و آخره المتّصل بالوفاه- موجبا للحجر [فلا یصار إلی التقیید].

و بالجمله؛ فإن لم نلتزم بالمفهوم فی ظواهر الأدلّه، مثل ما یعبّر فیه «بحضور الموت» (۱) أو «عند الوفاه» قلنا: إنّها من قبیل اللقب و لا مفهوم لها، فلا تعارض بین الأدلّه أصلا، أو یصیر- علی ذلک- مناط الحکم هو المرض المتّصل بالموت بجمیع أحواله.

و إن قلنا بأنّ هذه الألفاظ لمّا کانت وارده فی مقام التحدید فلا بدّ من الالتزام بالمفهوم فیها الموجب لإثبات خصوصیّه فی التعبیر «بحین الموت» و لکن مع ذلک أیضا لا موجب للحمل؛ لعدم ثبوت وحده المطلوب، و لکن؛ لمّا کان مناط وحده المطلوب ثابتا فی المقام، فلا بدّ من الحمل.

و توضیح ذلک: هو أنّه لو أخذنا بإطلاق ما یدلّ علی کون المرض موجبا للحجر، و لو کان أوائله، فلا یبقی محلّ لکون المرض مقیّدا بحال الوفاه- الّذی یدلّ علیه الطائفه الاخری- سببا للحجر أیضا؛ بحیث یکون ذلک سببا آخر.

۱- أی: عدم الالتزام بخصوصیّه فی هذه الألفاظ، بل هی عباره عن المرض المقارن للموت، فتدبّر! «منه رحمه اللّه».

ضروره؛ أنّه بعد أن كان المرض بإطلاقه مؤثّرا فى ذلك، فلا يعقل أن يؤثّر حين الموت منه بخصوصيّه فى الرتبه المتأخّره فى ما أوجبه أوائل المرض، لعدم إمكان توارد العلّتين المستقلّتين الّذى هو محلّ النزاع فى ذلك، فلا بدّ و أن يكون أحدهما ملغى عن التأثير.

و لا يتوهّم أنّ تأثير الثانى إنّما هو إذا لم يكن مسبوقا بالأوّل، إذ مع ذلك لا يعقل لا يعقل أن يؤثّر الخصوصيّه المدّعاه، ضروره أنّ محلّ البحث إنّما هو الواقع لا- الخارج، فإنّا [إذا قلنا] بأنّه لا بدّ و أن يكون أحد المقتضيين مؤثّرا فى الوجود، فإنّه بناء على الالتزام يكون المرض مطلقا علّه للحجر، ففى الفرض المذكور فهو أوجب الحجر لا- خصوصيّه حين الموت، فسقوطه عن التأثير ليس مختصّا بما لو كانت الوصيّه حين الموت مسبوقه فى الخارج بالوصيّه أوّل المرض.

و بالجمله؛ فيدور الأمر- على ذلك- بين رفع اليد عن إطلاق المرض و تقييده بالحاله المقارنه للموت، أو الأخذ بإطلاقه و رفع اليد عن سائر الأدلّه و إلغائها، و لا ريب أنّه عند ذلك، الأوّل متعيّن؛ لصيرورته موجبا للعمل بالدليلين فى الجمله.

فالتحقيق: هو البناء على كون الموجب للحجر آخر المرض الّذى يقال عرفا: إنّه قريب بالموت و حضرت وفاته، و فى كلّ ما إذا شكّ فالمرجع هو الاصول الّتى سنحرّرها لأصل المسأله.

هذا؛ و هل يكون مطلق الموت الواقع فى حال المرض موجبا للحجر بناء عليه، و إن لم يكن مستندا إلى ذلك المرض، أم لا، بل المناط هو كون المرض مستندا إليه الموت، و إلّا ففيما لو قتل المريض قاتل أو لدغته الحيّه فمات،

و نحوه كلّ ما لم يكن الموت مستندا إلى المرض بحيث يكون هو سببه، لم يوجب مثل ذلك الحجر؟

قد يقال بالثانى بدعوى انصراف الأدلّه إليه، بمعنى أنّه لا يقال: مرض الموت إلّا لمّا كان الموت مستندا إلى نفس المرض لا إلى أمر خارجى، و لكن لا يتمّ هـذا الكلام بإطلاقه، فإنّ إنكار الاستناد فى مثل ما لو لم يكن المرض مهلكا، و لكن انتهى إليه، كما لو أخطأ الطبيب فى العلاـج و الـدواء حتّى أوجب ذلـك انقلاـب المرض إلى المرض المهلـك، باطـل، إذ لا يخفى أنّ فى مثله الموت مستند إلى كلاـ الأـمرين؛ أى المرض الأـوّل و المرض الثـانى، فـإنّ المرض الأـوّل هو بمنزله المقتضـى لإيجـاب الثـانى الموت، حتّى لو لم يكن لم يوجب الأمر الخارجى تحقّق المرض الثانى.

فالإنصاف؛ أنّ فى مثله لمّا يستند الموت إلى كلا المرضين فالحكم جار فيهما، حتّى لو أوصى فى المرض الأوّل يدخل فى محلّ النزاع.

أقول: لا يخلو ذلك عن تأمّل؛ إذ كون المرض الأوّل مقتضـيا لتحقّق الثانى لم يوجب استناد الموت إليهما؛ إذ الشى ء يستند إلى الجزء الأخير من علّته، و ما قبلها إنّما هو المعدّات الّتى لا تطلق عليها العلّه، و لا يراها العرف سـببا، فعلى ذلك ضمّ المرض الأوّل إلى الثانى هو كالحجر الموضوع فى جنب الإنسان لا أثر له فى الاسـتناد، كيف و لو كان مسـتندا إليه، لا بـدّ و أن يكون كذلك عند التفكيك أيضا، فتأمّل!

إذا تبيّن ذلـك؛ فلاـ بـدّ من البحث فى أصـل المسـأله و لنقـدّم أوّلاـ مـا يقتضـيه الأصل فى المقام، بحيث يكون هو المرجع عند تعارض الأدلّه، و هذه [هى]

الجهه الثانیه من البحث.

فنقول: لا إشکال فی أنّ الاصول تختلف بحسب اختلاف الاحتمالات ممّا یحتمل کونه مانعا عن تأثیر الوصیّه و نفوذها فی ما هو المتنازع فیه، و الاحتمالات الموجبه لعدم النفوذ عن أحد امور ثلاثه:

أحدها: هو ثبوت إضافه بین المال و الورثه بحیث أوجب ذلک قصر سلطنه المالک المتصرّف، و منع عن استقلاله فیه الّذی کان له قبل أن یمرض، و کان له أن یفعل به کیف شاء، فالآن- أی عند عروض المرض- لمّا انقلبت إضافته التامّه؛ لتحقّق إضافه بین المال و الورثه أیضا فانقطعت سلطنته التامّه، فلا تنفذ تصرّفاته فی ما زاد عن الثلث، کما لو کان أوصی بها.

و بالجمله؛ العلقه الحادثه بین الورثه و أعیان الأموال- المسمّاه هذه العلقه بالحقّ- منعت عن نفوذ التصرّف فی ما زاد عن الثلث.

ثمّ لا یخفی أنّ لازم هذه الکیفیّه من العلقه الّتی یعبّر عنها بالحقّ قابلیّتها للسقوط بإسقاط الورثه و قابلیّتها للردّ أیضا کلاهما فی حیاه المالک المتصرّف.

ثانیها: ثبوت هذه العلقه و الإضافه أیضا، و لکن لا بحیث یوجب ثبوت الحقّ القابل للإسقاط، بل یدّعی الاستفاده من أدلّه المنع حدوث العلاقه الموجبه لإخراج المال عن الطلقیّه، و منع صاحب المال عن الاستقلال فی التصرّف المسمّی ذلک بالحکم، و لازم هذه الکیفیّه من الإضافه قابلیّتها لإمضاء التصرّف [و] عدم قابلیّتها للإسقاط، کما فی مطلق الأحکام، مثل حجر الصغیر و المجنون الموجب لثبوت إضافه و علاقه بین أمواله و ولیّه، و هذه الولایه حکم شرعیّ غیر قابل للسقوط.

ثالثها: كون المرض مانعا تعبّدا، بلا أن يحدث الحجر علاقه و إضافه بين المال و الورثه، بل يكون المرض العارض القريب بالموت حاجزا عن استقلال المالك فى تصرّفاته.

ثمّ إنّ المنشأ إن كان الأخير؛ فيمكن التمسّک بالأصول بأنواعها لإثبات نفوذ التصرّف و ارتفاع مانعيّه ما يحتمل كونه مانعا من قاعده سلطنه الناس على أموالهم، فإنّ من شأنها رفع المانع عن نفوذ التصرّفات الصادره عن المالک على ماله التامّ الماليّه، و كذلک عمومات المعاملات، فإنّ المفروض صدور عقد الهبه أو البيع- مثلا- من أهله مع كونه مجتمعا للشرائط الشرعيّه، فاحتمال كون حال خاصّ من أحوال المتعاقدين مانعا عن تأثير العقد، فما لم يثبت مانعيّته فأدلّه وجوب الوفاء بالعقد تقتضى لزومه المترتّب عليه النفوذ و صحّه التصرّف، و كذلک استصحاب حال صحّته من بقاء سلطنته و نفوذ تصرّفاته لو كان ناقلا لما له فى تلک الحاله- مثلا- الّذى يرجع ذلک إلى الاستصحاب التعليقى على إشكال فيه سنشير إليه.

و أمّا على الاحتمال الثانى و كذا الأوّل، فلمّا يرجع الشكّ إلى تعلّق حقّ الغير بالمال و خروج المال عن الطلقيّه، فلا يبقى المجال للتمسّک بالاصول السابقه.

ضروره؛ أنّ قاعده السلطنه محلّها ما إذا ثبتت الماليّه التامّه حتّى تجرى هى فيثبت بها نفوذ التصرّفات الوارده على المال، و أمّا على الفرض المزبور فأصل الموضوع مشكوک فيه، فكيف يمكن التمسّک بها؟ لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم، لازم ذلک كون المال طلقا، لا على مال الغير، و كذلک أدلّه العقود

ليس لهـا مجرى عمومـا و خصوصـا، و ذلـك لانصـرافها إلى مـا يكون موضوعها الأموال الّتى سـلطنه المتعاقـدين عليها تامّه، بل ينحصر الأصل على هذين الاحتمالين بالأصل الموضوعى و استصحاب عدم تعلّق حقّ الغير الثابت للمال فى زمن صحّه المالك، و استصحاب سلطنه المالك كذلك، الموجبان لرفع الشكّ و إثبات النفوذ.

نعم؛ قـد يستشـكل هـذا الاستصـحاب الّـذى مرجعه إلى استصـحاب القـدره التـامّه للصـحيح لإثباتها فى حال المرض بما لو كان المريض مسبوقا بالصغر أو الجنون، فإنّه ليس له سلطنه فى الزمان السابق على الزمن المشكوك فيه السلطنه حتّى يستصحب تلك السلطنه الثابته، فكيف يمكن جعل ذلك أصلا كليّا يرجع إليه مطلقا؟

و أمّا الفرق بين المريض الّذى كان مسبوقا بأحد الحالين، و من كان مسـبوقا بالبلوغ و العقل فهو باطل؛ ضروره أنّا نعلم أنّ حكم المريض ليس مختلفا إجماعا، بل إمّا محجور عن الزائد على الثلث مطلقا، أو ليس كذلك مطلقا.

و لكن يمكن دفع ذلك أوّلا، بأن يقال: إنّ عدم التفصـيل فى الحكم الواقعى لو كان موجبا لقيام الإجماع على عدم التفصيل فى الحكم الظاهرى أيضا، فلا ريب أنّ الإشكال لا مدفع له من هذه الجهه، و أمّا لو منعنا ذلك و قلنا بأنّ الإجماع على عدم التفصيل فى الحكم الواقعى لا يلازم عدم جواز التفصيل فى الحكم الظاهرى، فلا مانع من إجراء الأصلين على حسب المقامين.

و لكنّ ذلك بهـذا المقـدار لا يتمّ، بل هو مبنىّ على أن نقول: إنّه لا مانع من إجراء الاصول فى أطراف العلم الإجمالى ما لم ينته إلى المخالفه العمليّه، و أمّا لو

بنى على المنع عنه مطلقا، فلا.

بيان ذلك: أنّه إنّا نعلم إجمالا بأنّ تصرّفات المريض فى ما زاد عن الثلث إمّا نافذ مطلقا، أو ليس بنافذ كذلك، فيكون من باب العلم الإجمالى بدوران الأمر بين المحذورين، و قد ظهر أنّ إجراء أصاله عدم النفوذ فى المريض المسبوق بالصغر و الجنون، و أصاله النفوذ فى المسبوق بالبلوغ و العقل، يوجب مخالفه هذا المعلوم بالإجمال.

و لكن لمّا كان التحقيق فى إجراء الأصل فى أطراف العلم الإجمالى هو الاحتمال الأوّل، فبعد تماميّه المقدّمه الاولى و هذه الأخيره أيضا فلا بدّ من الرجوع إلى الأصلين على ما يقتضيه المقامان، لعدم لزوم المخالفه العمليّه، و عدم ابتلاء أحد الموردين بالآخر.

نظير ما لو توضّأ بالماء المشتبه بالبول، فبنوا على إجراء أصاله طهاره البدن و استصحاب بقاء الحدث بلا محذور، مع أنّ مقتضى العلم الإجمالى عدم جواز التفكيك فيه، بل لا بدّ من البناء إمّا على طهاره البدن و ارتفاع الحدث، و إمّا على نجاسته و بقائه، و لكن لجريان الملاك المذكور و عدم لزوم المخالفه العمليّه تعدم المعارضه.

جريان الاستصحاب فى المقام

و ثانيا بإجراء استصحاب القدره و السلطنه فى كلتا الصورتين بتقريب أن يجرى الاستصحاب فى الموضوع الكلّى- و هو بقاء سلطنه العاقل البالغ الّتى تكون له حين صحّته إلى حين مرضه- ثمّ ينطبق ذلك على المورد، لأنّ التحقيق

هو ثبوت الأحكـام للطبائع الكليّه ثمّ منها يسـرى إلى الأفراد، ففى ما نحن فيه لمّا كان الحكـم- و هو السـلطنه- ثابته لطبيعه العاقل البالغ فإذا شكّ فى بقاء سـلطنه هذه الطبيعه فى حال من أحوالها فلا بأس باستصـحابها فى تلك الحاله، فإذا أجرينا الاستصـحاب فى الطبيعه و أثبتنا الحكم لها فى الحاله اللاحقه فيتبيّن حال الفرد المشكوك فيه قهرا، لانطباق تلك الطبيعه له حسب الفرض.

و لاـ ريب أنّه يكفى فى الاستصـحاب انطبـاق الحكم على الموضوع فى أحـد جزئى الزمـان، فلاـ يتوهّم أنّه إذا لم تكن السـلطنه لشـخص المريض المشـكوك فيه فى الحاله السابقه رأسا موجوده [لا يجرى الاستصـحاب]، لأنّ المفروض أنّه لم يكن قابلا لها، إذ يكفى انطبـاقه عليه فى الآـن اللاـحق، بعـد كون المفروض كون الحكم فى الحقيقه ثابتا للطبيعه، و هى فى كلا الزمانين مورد للحكم.

نظير ذلـك مـا لو أمر بإكرام العلماء ثمّ شـككنا بعـد زمان فى تقيّـيده بالعـدول، و لـذلك ارتفع الحكم عن العالم المطلق، و لـذا نشكّ فى إكرام زيد الّذى لم يكن بعالم فى سابق الزمان و الآن صار عالما مع اتّصافه بالفسق، فلا إشـكال أنّ مقتضى «لا تنتقض اليقين» (۱) عـدم جواز رفع اليـد عن الحكم الثـابت أوّلاـ و عـدم الاعتنـاء باحتمـال التقيّـيد المـذكور فيجب إكرام مطلق العلمـاء فيستكشف حال زيد.

نعم؛ قد يردّ هذا الاستصـحاب لمعارضـته باستصحاب الحاله السابقه لشخص المستصحب لأنّ المفروض أنّ شخص هذا المريض الّذى مسبوق بالصغر أو الجنون كان قبل مرضه محجورا عن التصرّف، و ممنوعا عن

۱- تهذيب الأحكام: ۱/ ۷ الحديث ۱۱، وسائل الشيعه: ۱/ ۲۴۵ الحديث ۶۳۱.

الاستقلال، فبعد بلوغه مع اتّصافه بالمرض يشكّ فى ارتفاع حجره و عدمه، و لا ريب أنّ المتيقّن منه هو ارتفاعه فى الثلث و الباقى مشكوك فيه فيستصحب الحكم الثابت فيه له قبل مرضه.

و أنت خبير بضعف ذلك؛ لأنّ الشكّ فى شخص المريض و تصرّفاته إنّما هو ناشئ عن الشكّ فى الحكم الكلّى المتعلّق بطبيعه العاقل البالغ الّذى عرضه المرض، بحيث لو ارتفع الشكّ عن ذاك الموضوع الكلّى لا يبقى الشكّ فى هذا الشخص أبدا.

ضروره؛ أنّ مفروض الكلام عدم كون أفراد المريض مختلف الحكم حتّى يوجب ذلك خصوصيّه فى الشخص، فإذا كان ارتفاع الشكّ عن الفرد يرتفع بتبيّن حكم الموضوع الكلّى، فالاستصحاب فيه يكون حاكما على الاستصحاب الجارى فى الفرد، لكونه رافعا للشكّ عنه و متكفّلا لبيان حكم استصحاب حال الفرد.

فانقدح من ذلك؛ صحّه استصحاب الحكم الكلّى الثابت لطبيعه العاقل البالغ، و عدم المانع عنه، حتّى لاستظهار حكم المريض الّذى غير مسبوق باستقلال التصرّف فى أمواله، و عدم انطباق هذا الحكم الكلّى للموضوع المشكوك فيه سابقا لا- يضرّ بالاستصحاب إذا كان منطبقا عليه فى الزمان اللاحق، إذ قد أشرنا إلى أنّه ثبت فى محلّه أنّه يكفى فى الاستصحاب انطباق الحكم على الموضوع فى أحد عمودى الزمان فثبت من ذلك؛ أنّ الأصل نفوذ تصرّفات المريض مطلقا فى مرضه، لو كانت منجّزه.

و قد يتمسّك لدفع الإشكال بالاستصحاب التعليقى، كما أنّه تمسّك به

لإثبات الحكم فی أصل المسأله أی استصحاب حکم حال الصحّه مطلقا، و تنقیح المقام موقوف علی ذکر جمله من الکلام فی أصل الاستصحاب التعلیقی.

فنقول: إنّ المستصحب کذلک إمّا هو حکم تکلیفی أو وضعیّ، أمّا فی الأوّل؛ فالاستصحاب التعلیقی و جوازه فیه موقوف علی ما هو التحقیق عندنا من کون الحکم و الإراده فیها متعلّقه بالصوره الذهنیّه دون الخارجیّه، إذ قد سبق أنّ تعلّق الإراده بالخارجیّات یکون تحصیلا للحاصل، بل إنّما المتعلّق به فی الأحکام التکلیفیّه هو الخارج الزعمی.

فعلی ذلک؛ لما کان الموضوع فیها کذلک محقّقا دائما، و لذلک بنینا فی محلّه علی عدم صحّه ما هو المعروف من أنّ الواجبات المشروطه بعد تحقّق شرطها تنقلب و تصیر مطلقه، و لیس ذلک إلّا توهّم کون متعلّق الأحکام هو الخارجیّات، و منها المعلّق علیه فی الواجبات المشروطه، و هذا توهّم فاسد، بل الإراده فیها، سنخها غیر سنخ الإرادات المطلقه، إذ هی فی الواجبات المشروطه إنّما هی الإراده المنوطه، بمعنی أنّه قد یتعلّق الطلب المطلق بالصلاه، و قد یکون الطلب مقیّدا بشی ء أو حال متعلّقا [بشی ء]، مثل الطلب المتعلّق بالصلاه عند دلوک الشمس، لا بأن لا تکون الإراده قبل الدلوک محقّقه، و لا بأن یکون المتعلّق به، الدلوک الخارجی، بل الإراده من أوّل الإنشاء محقّقه بحیث یری الدلوک موجودا فعلا، ففی ظرف وجوده تطلب الصلاه عنده.

فلمّا کانت هذه الإراده من حین تحقّقها موجوده بلا أن تنقلب عن کیفیّتها من الإناطه و ردّ المنوط علیه فی ظرف الإناطه- و هی عالم الإنشاء- مفروض الوجود، ففی مثل هذه الأحکام و الإرادات لا بأس باستصحابها، و لو لم یکن

معلّق عليه الإراده موجودا فى صفحه الخارج.

نعم؛ تحقّقه فى الخارج موجب للتنجّز و بعث العقل إلى العمل، و هذا لا ربط له بمقام الإراده، حتّى لا تكون لها الفعليّه إلّا بذلك، كما توهّم، بحيث تكون- قبل تحقّق المعلّق عليه فى الخارج- الإراده شأنيّه محضه.

فانقدح ممّا ذكرنا أنّ الاستصحاب التعليقى فى الأحكام التكليفيّه على ما هو التحقيق من كيفيّه الطلب فيهما لا محذور، و أمّا على القول بكون المتعلّق للطلب فيها الخارجيّات بحيث لا تكون فعليّه للطلب ما دام لم يوجد المتعلّق عليه فى الخارج حتّى يكون الخارج ظرفا للتنجّز أو البعث العقلى، بل الخارج ظرف لتحقّق الطلب فتكون الأحكام التكليفيّه حكمها مثل الوضعيّه على ما سيجى ء.

و أمّا الأحكام الوضعيّه فلا إشكال فى كون متعلّقاتها إنّما هى الخارجيّات أو السلطنه ثابته للشخص على المال الموجود فى الخارج، و كذلك النجاسه ثابته للعصير الغالى الخارجى، و كذلك الوفاء متعلّق بالعقد الموجود فى الخارج و نحوها من الوضعيّات.

فنقول: إنّما يصحّ الاستصحاب التعليقى فيها على القول بكون المراد من «لا تنقض اليقين» هو المتيقّن، فيكون مفاد الاستصحاب هو التنزيل و جعل المتيقّن.

فعلى ذلك؛ فبعد أن أوضحنا بأنّه لا بأس بتصرّف الشارع فى الامور العقليّه رفعا و وضعا إذا كان منشأ الأمر الشرعى، فلا مانع من استصحاب الملازمه الثابته بين العصير المغلىّ و النجاسه، و كذلك وجوب الوفاء بالعقد الواقع

فى حال الصحّه أو البلوغ.

فمن ذلك تثبت نجاسه عصير الزبيب المغلىّ باستصحاب الأوّل بعد فرض كون الزبيبيّه من الأعراض الغير المغيّره لحقيقه العنبيّه، و كـذلك يستصـحب فى المغلىّ فيحكم بوجوب الوفاء بالعقد الواقع من المريض، و ذلك؛ لأنّ أثر الاستصـحاب، إذا كان جعل تلـك الملازمه الثـابته عنـد اليقيـن فى ظرف الشكّ حقيقه. و من المعلـوم؛ أنّ من آثـاره العلم الحاصـل من جهه الاستصـحاب بالملازمه العلم بالملزوم، و هو الغليان مثلا، فإذا ثبت الملزوم فاللازم يثبت بـذلك، فيكون استصـحاب الملازمه الثابته بين العنب المغلىّ و النجاسه من قبيـل استصـحاب مـا ثبت أحـد جزأى الموضـوع بالوجـدان، و هـو العنـبيّه، بنـاء على المسـامحه، و الآـخر بالاستصحاب.

و بالجمله؛ فعلى هذا المسلك فى باب الاستصحاب؛ فلا مانع من الاستصحاب التعليقى أبدا، و أمّا على المسلك؛ التحقيق فيه من كون الاستصـحاب من باب الأمر بالمعامله، لا جعلا و تنزيلا، فلا يبقى المجال للاستصحاب التعليقى، إذ قد ظهر أنّه موقوف على العلم بوجود الملزوم الحاصل على التقـدير الأوّل من جعل الملازمه، و أمّا على هذا التقدير فليست الملازمه فى نفسـها ثابته حتّى يثبت الملزوم بتبعها، بل الثابت إنّما هو اليقين التنزيلى.

و من المعلوم؛ أنّه لاـ ملاـزمه بين ذلـك و إثبـات الملازمه أو الملزوم لا عقلا و لا شـرعا إلّا على القول بالأصل المثبت، بخلاف الفرض الأـوّل؛ إذ الملاـزمه الحقيقيّه الّتى كانت ثابته بجعل التنازع ملازما لوجود الملزوم، فإذا لم يكن الملزوم هنا ثابتا فلا يثبت اللازم و هو الحكم، فلا يبقى الموقع للاستصحاب.

مقتضی الأخبار فی المقام

فإذا تمّ البحث فی ما یقتضیه الأصل فی المسأله فلنشرع فی ذکر ما [هو] مقتضی الأدلّه الخاصّه فی الباب من الأخبار، فنقول [أوّلا]: لا یخفی أنّ أخبار الباب بحسب اللحاظ الأوّلی و النظر البدویّ متعارضه، و لذلک اختلفت أقوال العلماء قدس اللّه أسرارهم فی المسأله، فاختار کلّ فریق طائفه منها و رجّحها علی الاخری سندا أو دلاله، فأفتی بمفاد الراجحه بنظره.

فالمشهور بین القدماء (۱)، بل نقل فی کلماتهم الإجماع علی خروج المنجّزات من الأصل (۲)، و أمّا الشهره المتأخّره فقد استقرّت علی خلافه (۳).

أمّا الأخبار الدالّه علی الأوّل فهی القریبه بحدّ الاستفاضه.

منها: حدیث صفوان (۴)، فهی و إن لم تکن صریحه فی الدلاله علی الخروج من الأصل؛ إذ یحتمل أن یکون المراد من المرض غیر مرض الوفاه، فیکون السؤال عن غیره؛ لکون حال المرض غالبا یوجب قلّه الحرص و انقطاع العلاقه من المال، و لذلک یعمل بأمواله- أی المریض- فی حاله هذا ما لا یعمل به فی صحّته.

و الجواب لا بدّ و أن یکون ناظرا إلیه؛ فلذلک لا یصیر صریحا فی المطلوب، نعم؛ بمقدّمات ترک الاستفصال یدلّ علیه أیضا، إلّا أنّ ذلک لا یزید عن الإطلاق

۱- و کذلک طائفه من متأخّری الأخباریّین، «منه رحمه اللّه».

۲- الحدائق الناضره: ۲۲/ ۵۹۹.

۳- مسالک الإفهام: ۶/ ۳۰۵، و نقله صاحب الحدائق الناضره: ۲۲/ ۵۹۹.

۴- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۲۹۱ الحدیث ۲۴۶۲۱.

و لا یوجب صیرورته نصّا، کما لا یخفی.

و منها: حدیث أبی بصیر (۱) و دلالته علی المطلوب تامّه و قریب من الصراحه.

و منها: حدیث سماعه (۲) و دلالته علی المدّعی إنّما هو بالإطلاق (۳).

و منها: الموثّقات الأربع لعمّار (۴)، فهی و إن کانت من حیث السند تامّه إلّا أنّ فی دلالتها جهات من الکلام، إذ یحتمل أن یکون المراد من الإبانه هی الإبانه الخارجیّه لا الاعتباریّه المراد بها المنجّز الواقع بأحد عناوین المعاملات، فعلی الاحتمال الأوّل لا یتمّ المدّعی بها، إذ یکون المراد بها علیه أنّه إذا کانت الإبانه الخارجیّه فی المنجّز واقعه، بمعنی أن یکون أقبضه إلی المنتقل إلیه فی حیاته الکاشف ذلک عن إمضاء الورثه و عدم ردّهم، و إلّا کان لهم المنع، فلا یکون فیها دلاله علی المطلوب، فتأمّل!

نعم؛ تتمّ دلالته بناء علی استظهار الاحتمال الثانی.

و ثانیا: اختلف نقل متن أحدها من کونه «تعدّی» أو «بعدی»، و لا ریب أنّه علی إحدی النسختین لا دلاله فیها علی المطلوب أیضا، و علی ذلک تصیر

۱- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۲۹۷ الحدیث ۲۴۶۳۶.

۲- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۲۹۶ الحدیث ۲۴۶۳۵.

۳- لا یخفی ضعف دلالته إذ یحتمل أن یکون [«ما» فی] قوله علیه السّلام: «ماله»؛ «ما» الموصوله، فتکون کنایه عن ثلث ماله الّذی هو له، فأجاب الإمام علیه السّلام: «هو ماله» أی الثلث ماله یصنع به ما شاء، و علی فرض التسلیم فدلالته إنّما هو بالإطلاق القابل للتقیید جدّا، «منه رحمه اللّه».

۴- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۲۷۸ الحدیث ۲۴۵۹۱ و ۲۹۸ الحدیث ۲۴۶۳۹ و ۲۹۹ الحدیث ۲۴۶۴۱ و ۳۰۰ الحدیث ۲۴۶۴۴.

الروایه (۱) بحکم المجمل، إذ علی تقدیر الأوّل بناء علی أن یکون الغرض من التعدّی التجاوز عن الثلث، لا الحیاه لمّا یصیر الکلام ممّا یصلح للقرینیّه الصارفه للّفظ عن معناه الظاهر فیه، فیصیر طرفا للعلم الإجمالی، فلا یمکن الأخذ بالطرف الآخر.

و ثالثا: یحتمل قویّا کون الموثّقات الأربع- الّتی یکون ناقلها شخصا واحدا، و کذا المنقول عنه- موثّقه واحده، و إنّما نقلها مکرّره، فلا یحصل الوثوق بکلّ واحد منها الّذی هو مناط الاعتبار.

ثمّ إذا احتمل کونها منحصره بواحده، و بعد أن یحتمل کون تلک الواحده هی الّتی قد اختلفت نسخته، الموجب ذلک لسقوطها عن الاعتبار، فکیف یمکن التمسّک بهذه الموثّقات و الرکون إلیها؟

و منها: ما رواه المحمّدون الثلاثه (۲).

و منها: صحیح إبراهیم بن هاشم (۳).

و منها: خبر ابن أبی السمّاک (۴)، و دلاله هذه الطائفه أیضا تکون بالإطلاق، مع جریان احتمال التفکیک فی لفظ «ماله» أیضا فیها.

نعم؛ هذا الاحتمال فی بعض هذه الروایات، و هی ما کانت فی ذیلها لفظ «فإن أوصی» (۵) و نحوه؛ بعید بل فی غایه الضعف، و أمّا فی هذه الروایات

۱- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۲۷۸ الحدیث ۲۴۵۹۱.

۲- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۳۳۳ الحدیث ۲۴۷۱۶، جواهر الکلام: ۲۸/ ۲۵۹.

۳- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۲۹۹ الحدیث ۲۴۶۴۲.

۴- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۲۹۷ الحدیث ۲۴۶۳۷.

۵- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۲۹۹ الحدیث ۲۴۶۴۱.

الأخیره فقریبه بل قویّه مع لحاظها مع ما یدلّ من الروایات الآتیه علی حرمان الشخص فی مرض موته عن الزائد عن الثلث.

و منها: الأحادیث الثلاثه المشتمله علی العتق و لما کان تقریب دلاله هذه الطائفه علی المطلوب حکم الإمام علیه السّلام بکونه نافذا مطلقا، مع احتمال کونه زائدا عن الثلث، و أیضا یحتمل کونه مؤخّرا عن الوصایا، مع ذلک یحکم علیه السّلام بکونه نافذا مطلقا و لا یتمّ ذلک إلّا لکونه من التصرّفات المنجّزه.

فیمکن أن یجاب عن ذلک أوّلا بأنّ الحکم بنفوذ العتق مطلقا لکون بنائه علی التغلیب.

و ثانیا: یحتمل کونه مقدّما علی سائر الوصایا بحسب الوصیّه فلذلک حکم الإمام علیه السّلام بکونه نافذا.

و ثالثا: و لو فرض کون العتق من التصرّفات المنجّزه، مع ذلک حکم الإمام علیه السّلام بنفوذه مطلقا لا یستکشف کونه من الأصل، بل یجتمع ذلک- أی تقدیمه و تنفیذه- مع کونه من الثلث أیضا، و ذلک لأنّه یمکن أن یکون وجه التقدیم هو دوران الأمر بین المقتضی التنجیزی- و هو العتق- و التعلیقی و هو الوصیّه، و لمّا کان المقتضی التنجیزی یؤثّر فی الرتبه السابقه فلا تصل النوبه إلی الوصیّه، لعدم بقاء المحلّ له، إذ الثلث الّذی هو مصرفه إنّما صرف فی العتق لما عرفت.

و أمّا الأخبار الدالّه علی الثانی فبین طوائف (۱)، الاولی: ما تدلّ بإطلاقها

۱- قد ادّعی تواترها «صاحب الجواهر» نقلا عن «جامع المقاصد» (جواهر الکلام: ۲۸/ ۴۶۸ و لاحظ! جامع المقاصد: ۱۱/ ۹۶ و ۱۰۹- ۱۱۱) و إن لم تتحقّق هذه الدعوی عن «جامع المقاصد» علی حسب الفحص فی أطراف کلماته، کما اعترف بذلک بعض من کتب فی المسأله رساله.

علی حرمان الرجل عمّا زاد عن الثلث (۱).

منها: صحیح یعقوب بن شعیب (۲).

و منها: صحیحه ابن یقطین (۳).

و منها: خبر عبد اللّه بن سنان (۴)، و غیر ذلک ممّا لا یسع هذا المختصر لنقلها.

أمّا الکلام فی سند هذه الأخبار فلا ینبغی البحث فیه؛ لاشتمالها علی الصحیح و نحوه، و أمّا دلالتها فلمّا کان مضمون غالبها هو: «رجل یموت» أو «ماله عند موته» و من هذا القبیل، فالنفی الوارد علی هذه المضامین إمّا أن یکون المراد به نفی السلطنه فی ما زاد عن الثلث، و إمّا أن یکون هو نفی المالیّه رأسا.

أمّا الأوّل: فهو موقوف أن یکون المراد من مجموع السؤال و الجواب هو سلب السلطنه فی زمن الحیاه المتعلّقه بالتصرّف المنجّز و المعلّق کلیهما.

و علی هذا التقدیر؛ قد یتوهّم کونها حاکمه علی الأخبار الدالّه علی خروج المنجّز من الأصل؛ لکون دلالتها بالإطلاق فیقیّد قوله علیه السّلام: «الإنسان أحقّ بماله ما دام فیه شی ء من الروح» (۵) بتصرّفه المتعلّق بثلث ماله دون زائده، و لکن هذا مردود.

أو فیها یکون ما لیس یقبل ذلک، مثل حدیث أبی بصیر الدالّ علی نفوذ

۱- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۲۷۱ الباب ۱۰ من أبواب الوصایا.

۲- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۲۷۲ الحدیث ۲۴۵۷۱.

۳- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۲۷۴ الحدیث ۲۴۵۷۷.

۴- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۲۷۳ الحدیث ۲۴۵۷۶.

۵- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۲۹۹ الحدیث ۲۴۶۴۲.

تصـرّفات الشـخص مطلقا، و فى ذيله: «فإن أوصـى فليس له إلّا الثلث» (۱)، و قد أشـرنا إلى كون مضـمون هذا الحديث نصّا فى المـدّعى، فكيف يمكن تقييـده بنحو ما ذكر؟ و لـذلك قـد يتوهّم حكومه تلك الأخبار على هـذه الطائفه و تقييدها بالتصـرّفات المعلّقه على الموت، فهى الّتى نفت السلطنه عمّا زاد عن الثلث فيها.

و لكن هذا أيضا فاسد؛ و ذلك؛ لأنّه إذا كان وقوع متعلّق الوصـيّه و تحقّقه بعد موت الموصى لا فى حياته، فمرجع سلب السلطنه عن الإنسـان و إثباتهـا له فى ثلث مـاله يكون إلى إثبـات السـلطنه له فى ثلث ماله بعـد موته، و هـذا لغو غير معقول، بل لا بـدّ أن يلاحظ النفى و الإثبات بالنسبه إلى زمن الحياه، كما لا يخفى.

فـإذا انتهى الأـمر إلى ذلـك فيقع التعارض الحقيقى بين الطائفتين على هـذا التقـدير، إذ يكون مفاد أخبار الأصل إثبات السـلطنه الكليّه ما دامت الروح فى بدن الإنسان، و مفاد هذه الأخبار هى السلطنه عنه فى ما زاد عن الثلث كذلك.

و أمّا على التقـدير الثانى- و هو أن يكون المراد من النفى فى هذه الأخبار نفى الماليّه- و لا ريب أنّ ذلك إنّما هو مبنىّ على أن يكون المراد من قوله عليه السّلام:

«عنـد الموت» أو قوله عليه السّـلام: «يموت» و غير ذلـك من هـذه المضامين بعـد الموت، إذ فيه إنّما تنقطع يـد الإنسان عن ماله فيصـحّ نفيه عنه، و أمّـا قبله فالظـاهر أنّ بقاء المال على ملك صاحبه و عـدم تعلّق حقّ الورثه به إجماعى، فعلى ذلك يبقى النفى بحـاله على معنـاه الأصـلى من نفى حقيقه المـاليّه لاـ نفى السـلطنه باعتبار نفى الآثار، و يرتفع التعارض أيضا، إذ يختلف موضوع الإثبات المستفاد من أخبار الأصل و النفى الدالّ عليه هذه الأدلّه، فيدور الأمر بين أن يرفع اليد من ظاهر

۱- وسائل الشيعه: ۱۹/ ۲۹۷ الحديث ۲۴۶۳۶.

أخبار الأصل بحملها على غير مرض الموت و تقييد السلطنه المستفاده منها بالثلث، و بين التصرّف فى بعض هذه الأخبار، مثل قوله عليه السّلام: «عند موته» و حمله على بعد الموت، و إلّا فمثل قوله عليه السّلام: «يموت» لا يحتاج إلى التصرّف؛ إذ هو ظاهر فى ذلك.

و لا إشكال أنّ الثانى أولى، بل متعيّن؛ إذ عليه يبقى النفى أوّلا على معناه الظاهر، و فى هذه الأخبار يكون ما يدلّ على كون المراد، التصرّفات المعلّقه على الموت مثل قوله عليه السّلام: «فإذا أوصى بأكثر من الثلث» (۱) .. إلى آخره، و كذلك قوله عليه السّلام: «فإن لم يوص» (۲) .. إلى آخره.

ثانيا: و الجمود على ظواهرها يوجب تخصيص الأكثر أو الالتزام بما هو المخالف للسيره القطعيّه، و منع المالك عن تصرّفه فى مرضه عن مطلق التصرّفات إلّا بمقدار الثلث و حجره عن إعطائه أجره الطبيب أو بعض النذور، أو صرفه لنفسه و لعياله، و غير ذلك ممّا هو مرغوب عنه عند الكلّ ثالثا.

فالتحقيق الالتزام بظهور أخبار الأصل، لعدم كون هذه الأخبار قابله لمعارضتها كما عرفت، و أمّا بقيّه الطوائف فلا ريب فى عدم قابليّتها للمعارضه أيضا كما يظهر للمتدبّر فيها، و قد تعرّض لذكرها و الجواب عنها السيّد المحشّى قدّس سرّه (۳) بما لا مزيد عنه فراجع!

و لكن لا يخفى؛ أنّه بعد ما أشرنا إلى ما فى أخبار الأصل أيضا هى غير

۱- وسائل الشيعه: ۱۹/ ۲۸۴ الحديث ۲۴۶۰۲.

۲- لاحظ! وسائل الشيعه: ۱۹/ ۲۷۳ الحديث ۲۴۵۷۶.

۳- لم نعثر على هذا القول.

تامّه الدلاله أو السند، و إن استقرّ رأى الأستاد- مد ظلّه- على تقويتها مؤيّدا بغيرها ممّا أشرنا إليها قبل التعرّض لذكر الأخبار، و اللّه العالم، و هو الموفّق و المعين.

قد وقع الفراغ من هذا البحث فى أخير عشر الثانى من [شهر] رمضان المبارک ۱۳۴۴ الهجريّه.

ص: ۵۱۱

رساله الغصب

اشاره

غصب المسجد

[و لا يخفى أنّه إذا كان الشى ء متعلّق حقّ الانتفاع لشخص أو جماعه و لم يكن مملوكا لهم لا عينا و لا منفعه فهل يكون غصبه كغصب المملوك عينا أو منفعه بحيث تبطل صلاه الغاصب فى ذلك المكان مطلقا، و صلاه غيره إذا لم يكن جاهلا بالغصب، أو ناسيا، أو لا يكون كغصب المملوك؟ فإنّه معركه الآراء، فقيل بعدم الفرق، و قيل بالفرق و أنّ الصلاه لا تبطل إلّا فيما إذا كان مملوكا عينا أو منفعه فلا تبطل الصلاه فيما لم يكن ملكا] (۱) عينا أم منفعه، بل إنّما تعلّق حقّ انتفاعهم عنها بلا أن يثبت لهم ماليّه فيها أصلا، و لذلك قالوا فى مسأله من سبق إلى مكان من المسجد و نحوه فهو أولى به (۲)، بأنّه لو أزعجه آخر عن مكانه فصلّى فيه تكون صلاته صحيحه، و ليس ذلك إلّا لأنّ للسابق حقّ انتفاع من الأرض بلا ثبوت ماليّه له فيها، و لا ثبوت حكم وضعىّ لهذه الأرض بالنسبه إلى السابق، بل إنّما أولويّته حكم تكليفى صرف، و هو حرمه إزعاجه الغير الّذى نشأ ذلك من جهه جعل الشارع له أولويّه الانتفاع.

نعم؛ هل يتوقّف صدق عنوان الغصب على أن تكون يد الغاصب موضوعه على المال و الملك، بحيث لو لم تكن اليد العاديه وارده على ما ليس بمال لأحد

۱- ما بين المعقوفتين أوردناه لتتميم البحث.

۲- ليست المسأله اتّفاقيه بل خلافيّه، بل المشهور بطلان الصلاه، «منه رحمه اللّه».

لم يتحقّق الغصب، أم لا- بل لا- يتوقّف على ذلك، بل ما يصدق عليه أعمّ من أن يكون مالا أو شيئا فيه نحو اختصاص بالغير، بحيث للغير أن يرفع اليد العاديه و يمنعه عن التصرّف فيه لا بعنوان الأمر بالمعروف بل بعنوان أنّ حقّه تعلّق به فهو ذو حقّ فيه و له إضافه خاصّه إلى الشى ء الّذى وردت عليه اليد العاديه.

و لا يخفى؛ أنّه ما اعتبر أحد فى مفهوم الغصب المعنى الأوّل، بل معناه اللغوى و كذلك كلماتهم ظاهره فى المعنى الأعمّ، و لا ريب أنّ العرف أيضا مساعد معه، فيصدق على من تصرّف فى المسجد عمّا هو عليه، و لو لم يكن فيه ماليّه لأحد أى مال للناس، أنّه غصبه، لما يرون فيه للناس حقّ اختصاص به.

و بعباره اخرى: أنّ الأوقاف العامّه ليست كالمباحات الأصليّه الّتى ليس لأحد أن يمنع المتصرّف فيها عن التصرّف، بل لهم لما يكون للناس جميعا فيها حقّ و سلطنه أن يمنعوا المانع عن استنقاذ حقّهم، و كذلك ليس كمنفعه الحرّ الّتى ليست ملكا و لا متعلّقا لحقّ أحد، بل إنّما سلطنته على نفسه حكم محض بلا اعتبار ماليّه أو حقّ فيه، و لذلك لا يضمن منافع الحرّ، و ليس ذلك إلّا لاختلاف نحو العلقه الحاصله بين الناس و بين المباحات، و بين العلقه الثابته بين الأوقاف العامّه و الموقوف عليهم؛ لأنّ العلقه الثابته بينهم و بين المباحات إنّما تكون نحو اختصاص، بحيث لو سبق إليها كلّ شخص تكون تلك المباح له، و له أن يقلّبه كيف شاء؛ لصيرورته ملكا له، بخلاف الأوقاف العامّه فإنّ الناس فيها شرع سواء، و إن كانت علقه الاختصاص هنا أيضا بتحقيق للسابق إلّا نحوها تكون بحيث له الانتفاع منها فقط، بلا أن يكون له تقلّبها بأىّ نحو شاء بعنوان الملكيه، بل لو تصرّف هكذا لما كان يتصرّف فى متعلّق حقّ الغير، فللغير أن يمنعه و يرفع

یده عن الزائد عمّا له الحقّ أن یتصرّف فیه کغیره من الموقوف علیهم.

و أمّا الفرق بینها و بین منافع الحرّ؛ فلما عرفت من أنّ العقلاء لا یعتبرون لمنافعها المالیّه، و لا العلقه الحاصله بینه و بین منافعه العلقه الملکیّه و المالکیّه، کما أنّ الشارع ما اعتبر لمنافعه إلّا حکما تکلیفیّا محضا، بمعنی أنّ سلطنه الحرّ علی نفسه و منافعه (۱) لیست إلّا قدره محضه بلا اعتبار حکم وضعی له و لمنافعه.

و ممّا ذکرنا ظهر لک أنّه یکفی فی حرمه التصرّفات الزائده علی مصرف الوقف أو المعتبره له، ما دلّ علی أنّ الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها، فلو لم یکن لنا دلیل الغصب، أو لم یصدق العنوان علی المقام، ما یکون من قبیل هذه الأدلّه کافیه لإثبات عدم جواز التعدّی فی الأوقاف العامّه و منع الید العادیه عنه، کیف و قد أوضحنا صدق عنوان القضیّه علیها، و عدم توقّف ذلک علی أن یکون الوقف تملیکا کما زعمه بعض (۲)، بل و لو قلنا بکون الأوقاف العامّه تحریرا و إیقافا یصدق عنوان الغصبیّه أیضا؛ لصیرورتها بذلک- أی بالتحریر- متعلّقا لحقّ الناس، و لو لم یکن ملکا لهم، کما أنّ ظاهر معاقد الإجماعات قد عبّر فیها عن الحقّ، أی: للناس حقّ الصلاه فی المساجد أو حقّ السکنی فی الخانات.

فلا یتوهّم أنّ إضافتهم بها یکون کإضافتهم بالمباحات قبل تصرّفهم فیها، حتّی یکون حکما محضا بلا ثبوت حقّ لیس الأمر کذلک، بل یعتبرون للناس فی الأوقاف العامّه الحقوق و نحو اختصاص و إضافه مالیّه بحیث لو منعهم أحد عنها

۱- و إن کان ظاهرهم اعتبار المالیّه لمنافعه بعد صیرورتها مصبّا للمعامله و الإجاره، حتّی جوّز بعض جعلها بدلا و عوضا فی البیع، و بالجمله؛ اعتبر فیها جمیع اعتبارات المالیّه، فراجع أوّل البیع! «منه رحمه اللّه».

۲- المکاسب: ۴/ ۵۴.

يصدق عليه أنّه غصب حقوقهم.

بـل هكـذا القول فى الأوقـاف الخـاصّه، أى لا ـ نلتزم فيهـا بالتمليـك، مع ذلـك نلتزم فيهـا بصـدق عنوان الغصبيّه، كمـا أنّ ظاهر الحـديث و كـذلك عبـارات الفقهـاء فى حقيقه الوقف هو أنّه تحبيس الأصـل و تسبيـل الثمره، فينكشف من ذلـك أنّهم اعتبروا للتمليك مراتب.

منها: تمليك العين بجميع تشخّصات وجودها و مراتب وجودها، كما فى التمليك فى البيع و الهبه و نحوهما.

[و] منهـا: تمليكهـا بجهه من وجودهـا؛ مثـل تمليك منافعها مثل الإجاره، و الأوقاف الخاصّه، فهـذه الحيثيّه من وجود العين فيهما يصـير ملكـا للمسـتأجر و الموقوف عليهم، و لـذلك لهم القلب و الانقلاب فى هـذه الحيثيّه من الوجود بـأىّ نحو شـاءوا، و لكن بحيث لم يتعدّ عن المنافع و يصل التصرّف بالعين.

و لعلّه لمّـا رأوا أنّ للموقوف عليهم فى الأوقـاف الخـاصّه التصـرّف فيها- أى فى منافعها- بأىّ نحو شاءوا فالتزموا بالتمليك فيها، فأشكل عليهم الأمر، و وردت عليهم الإشكالات المذكوره فى محلّها.

و قـد تبيّن أنّه لا ـ داعى لـذلك، و لا ـ ضـروره تقتضـيه، مع أنّه يلزم أن نجعـل للواقف حقـائق مختلفه، ففى الأوقـاف العـامّه نلتزم بالتحرير و الإيقاف، و فى الخاصّه بالتمليك.

و منهـا: مـا يكون تمليكا لجهه من وجود العين أضـعف من الجهه الثانيه، و هى جهه الانتفاع من العين كما فى العاريه و الأوقاف العامّه، ففى مثلهما ليس تمليكا للمنفعه و لا العين، و لذلك ليس للمستعير و لا الموقوف عليهم القلب

و الانقلاب فيهما بل يكون أثر هذا التمليك صرف جعل حقّ الانتفاع لهم، فيستحقّون أن يعملوا فى العين العمل الّذى اعير العين و اوقف له، فلاـ يتوقّف استحقاقهم ذلك أن يكون العين أو المنفعه ملكا لهم، بل فيه تسبيل الانتفاع و تمليكه، و هـذا أمر اعتبره العقلاء، و الشارع أيضا أمضاه.

و أمّا جهه الضمان- أى ضمان العين- فقد تبيّن لك صدق عنوان الغصب على تغليب الأوقاف العامّه و تغييرها عن هيئتها الموقوفه عليها، و قد ذكرنا فى صدر الباب أنّ الغصب مساوق لليد، و لا يخفى أنّه بعد لحاظ العلقه المذكوره بين الأوقاف المذكوره و الموقوف عليهم، فيصدق أيضا على اليد العاديه فيها قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى» (۱) و لا إشكال أنّ أخذ كلّ شى ء بحسبه، فأخذ العين يكون بوضع اليد عليها، و أخذ الانتفاع يكون بوضع اليد على ما ينتفع منه، و منع المستحقّين عن انتفاعهم [منه].

هذا اعتبار الأخذ، و أمّا اعتبار الأداء فيها؛ فإنّما يكون بردّ ما ينتفع به إليهم، فإن كان بدّله أو جعله محلّا لانتفاع شخصه فيردّه إلى ذوى الحقوق، و يجعله فى محلّه حتّى يستفيد ذوو الحقوق منها كما عيّن بحسب ما أوقفها أهلها لمصرفها، هذا بخلاف مثل منافع الحرّ؛ فإنّه و إن كان يتصوّر الاستيلاء بالنسبه إلى الحرّ، إلّا أنّه لا يصدق الضمان على منافعه الفائته زمن الاستيلاء عليه و حسبه، و علّه ذلك أنّ الإضافه الاختصاصيّه الّتى تكون فى الأوقاف، بحيث يكون منشأ تلك الإضافه الحكم الوضعى الّذى اعتبر فيها باعتبار حقوق الموقوف عليهم المتعلّقه بالأعيان الموقوفه الّتى صارت تلك الإضافه منشأ

۱- عوالى اللآلى: ۱/ ۲۲۴ الحديث ۱۰۶، مستدرك الوسائل: ۱۷/ ۸۸ الحديث ۲۰۸۱۹.

لاعتبار نحو ماليّه فيها لهم تلك الإضافه، ما اعتبر بين الحرّ و منافعه، و لذلك قلنا:

إنّ سلطنته على نفسه ليست إلّا قدره محضه و حكما صرفا، فلذلك؛ و إن صدق الأخذ على الاستيلاء على الحرّ بوضع اليد عليه، إلّا أنّ غايه قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «على اليد» و هى «حتّى تؤدّى» لا يصدق، لأنّ التأديه موقوفه على أن يكون المؤدّى مالا أو حقّا حتّى يردّ، فيتحقّق الأداء، و قد أوضحنا: لا اعتبار ماليّه أصلا بالنسبه إلى منافع الحرّ، فتأمّل! (۱)

فانقدح بما ذكرنا تحقيق الضمان باستيلاء اليد على الأوقاف العامّه، و صدق الغصبيّه عليها عند ذلك، فللموقوف عليهم إلزام الغاصب على ردّ الأعيان الموقوفه و أخذها منه؛ لصدق قاعده «اليد» على عمله ذلك.

و من البديهه أنّ الضمان لا يتوقّف على مئونه أزيد من ذلك، و كذلك يضمن العادى و الغاصب منافعها المستوفاه بالملاك الّذى بيّنا فى ضمانه أصل العين الموقوفه؛ لأنّه و إن لم يكن منافع المسجد- مثلا- ملكا للمسلمين، بل لهم فيه حقّ الانتفاع، إلّا أنّ تلك الإضافه الّتى تعتبر عند العقلاء بين العين و الموقوف عليهم، كذلك تعتبر بينهم و بين منافعه.

فإن آجر الغاصب المسجد- مثلا- و أخذ مال الإجاره يجب عليه، بمعنى أنّه ضامن أن يصرفها فى الأعيان الموقوفه، بل للمسلمين إلزامه، بأن يأخذوا عنه المنافع، لا لكونها مالا لهم بل لكونها متعلّقا لحقوقهم، فيصرفوها فى العين الموقوفه من حصير المسجد أو تعميره و غير ذلك، و لكن لهم ذلك بعنوان الأمر بالمعروف، أو يكون منعهم بعنوان النهى عن المنكر، بل فوق ذلك، بمعنى أنّهم

۱- الالتزام بالفرق فى غايه الإشكال، «منه رحمه اللّه».

يمنعونه عن التصرّف فى حقوقهم و يأخذون منه كذلك حقوقهم الّتى لا تتحقّق تلك إلّا بأخذ ما ينشأ منه هذه الحقوق، عينا كان أم منفعه، أمّا العين فهو واضح كيف يكون منشأ لحقوقهم و أمّا المنافع؛ فلأنّ السنه الّتى آجر فيها المسجد الغاصب- مثلا- كان للموقوف عليهم فى هذه السنه الانتفاع من المسجد، فقد منعهم الغاصب عن ذلك، فاستوفى تلك [المنافع] من متعلّق حقوقهم، ففى الحقيقه هذه المنفعه نشأت من منع حقوقهم و اختصاص الانتفاع بنفسه، الّذى يكون غيره شريكا [معه] فيه، فغير الغاصب يأخذ منه هذه المنافع و يصرفها فى الوقف؛ لكونها أيضا متعلّقه لحقّه، فتأمّل!

و أمّا لحاظ الإتلاف فيها؛ و إن كان المعروف أنّه «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» (۱) و المفروض أنّ الموقوفات العامّه ليست ملكا (مالا) لأحد و لكن لا إشكال فى أنّ هذه القضيّه ليست حديثا مأثورا حتّى نلتزم فى تطبيقها على الموارد برعايه ألفاظها و مدلولها الظاهره فيه، و لا نتجاوز عن ظاهرها أصلا، بل هى قاعده مستفاده من تطبيقها على الموارد الخاصّه الّتى منها قوله عليه السّلام: «من أضرّ بطريق المسلمين فهو ضامن» (۲).

و لا ريب أنّ هذا ملاكه بعينه متحقّق فى مثل إضرارهم بإتلاف مطلق متعلّق حقوقهم، كالمسجد و الرباط و الخان و غيرها، فمن خرّب مسجدا أو نحوه فهو ضامن له، و للمسلمين إلزامه على بنائه ثانيا و تعميره؛ لجريان قاعده الإتلاف هنا أيضا، كما يجرى فى مثل الإضرار بطريق المسلمين و جريان ملاكه فى مثل

۱- جواهر الكلام: ۳۷/ ۶۰، و لاحظ! القواعد الفقهيه: ۲/ ۲۸.

۲- وسائل الشيعه: ۲۹/ ۲۴۱ الحديث ۳۵۵۴۰.

المسجد أيضا، لأنّ الطريق مع أنّه ليس مالا ـ لهم بل فقط متعلّق لحقّهم، و إضافه بينه و بينهم، و قد اعتبروا فيه الماليّه حتّى استفادوا القاعده المعروفه عن مثله، كذلك قد عرفت أنّ هذه الإضافه و العلقه متحقّقه بين الأوقاف العامّه و الموقوف عليهم، مع أنّه لا ريب فى أنّ فى لفظ «المال المأخوذ» فى القاعده توسعه تشمل الحقوق أيضا، بل يعتبر عند العرف و العقلاء فى الحقوق اعتبار الماليّه، بحيث يستفاد منه تسامحهم فى لفظ المال كلّ المسامحه، و عليك بالتتبع فى الموارد.

فكيف كان؛ فقد ظهر لك من مطاوى ما ذكرنا حال الرهن و أمثاله كلّ ما يكون متعلّقا لحقّ الغير و له مساس بالغير و لو على نحو الوثيقه، فالراهن إذا أخذ العين المرهونه عن المرتهن قبل تأديه الدين عدوانا يصدق على عمله ذلك عنوان الغصب و الأخذ، فهو ضامن له و عليه أن يؤدّيه، و كذلك لو أتلف العين المرهونه يجب عليه التدارك، و للمرتهن إلزامه على ذلك لجريان جميع الاعتبارات المذكوره و التقريبات السابقه فيه.

تعاقب الأيدى فى الغصب

اشاره

الأمر الخامس: فى تعاقب الأيدى، قال فى «الشرائع»: (و لو تعاقبت الأيدى الغاصبه على المغصوب تخيّر المالك فى إلزام أيّهم شاء، أو إلزام الجميع بدلا واحدا) (۱).

نقول: فى المقام إشكالات ثلاثه لا بدّ من تنقيح البحث بنحو ترتفع الإشكالات، حتّى نخرج عن المسأله فارغا عن الشبهات كلّها.

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۳۶.

أمّا الإشكال الأوّل؛ فهو أنّه كيف يتصوّر للمال الواحد أبدال متعدّده، فتشتغل بكلّ واحد منها ذمّه مستقلّه، مع أنّه ما خرج عن كيس المالك إلّا مال واحد، و ما قطع عنه إلّا سلطنه واحده؟ فلا بدّ أن لا تشغل إلّا ذمّه واحده المترتبه عليها للمالك سلطنه واحده.

و المفروض أنّ بناء على ضمان جميع الأيادى المتعاقبه لازمه أن تثبت له أملاک متعدّده بالنسبه إلى الأبدال المفروضه على الذمم المتعدّده، و لذلک التزم صاحب «الجواهر» قدّس سرّه بأنّ اشتغال الذمّه ليس إلّا لمن استقرّ الضمان عليه، و هو من يكون المال عنده أو تلف فى يده، و أمّا غيره فليس له اشتغال ذمّه، بل إنّما ضمانه شرعىّ ناشئ عن حكم تكليفى محض بوجوب الأداء (۱).

أمّا الثانى؛ و هو أنّ البدل الّذى يكون على ذمّه كلّ واحد معلّق على تلف العين، بحيث لو انقطعت سلطنه المالک عن أصل العين لتلفها فتوجد له سلطنه جديده على بدلها المستقرّ على ذمّه الضامن، و ما دام لم يتلف العين و تكون فى يد اللاحق فكيف يستقرّ ضامن البدل على ذمّه ذى اليد السابق؟ مع أنّ القضيّه التعليقيّه المتعلّقه بالبدل- بمعنى أنّ مضمونيّه البدل كانت موقوفه على تلف المال- لم يتنجّز بعد؛ لأنّ عين المال موجوده فى اليد اللاحقه، فكيف يجوز للمالک أن يرجع إلى اليد السابقه؟ مع أنّ العين ليست عنده، و سلطنته لم تكن إلّا بالنسبه إليها ما دامت باقيه (۲)، و المفروض أنّ ذمّته لم تشتغل بالبدل بعد.

۱- جواهر الكلام: ۳۷/ ۳۴.

۲- و لذلک التزم بعض فى حاشيته على «المكاسب» بتصوير ضمان الأيدى المتعاقبه فى نفس العين بتقريب له (انظر! حاشيه المكاسب للسيّد كاظم اليزدى: ۱/ ۱۸۴)، «منه رحمه اللّه».

و أمّا الثالث؛ و هو أنّ الأصحاب بنوا على أنّ استقرار الضمان إنّما يكون على من تلف المال فى يده، بمعنى أنّه لو رجع المالک إلى غيره، للغير أن يرجع إلى من تلف المال فى يده و يأخذ عنه بدل ما أعطاه للمالک، بخلاف ما لو رجع المالک إلى من تلف فى يده، فليس له أن يرجع إلى غيره.

مع أنّ بعد التلف تستقرّ ذمم الجميع بالنسبه إلى البدل دفعه واحده بلا تعاقب و ترتّب بين الأيدى، فأىّ ترجيح لليد المتلفه عند صاحب المال حتّى يقال: باستقرار الضمان عليه؟ و الحال أنّ الكلّ متساوون بالنسبه إلى التعهّد و اشتغال الذمّه؛ لأنّ القضيّه التعليقيّه المتصوّره، على كلّ من الأيادى، و هى: أنّه عين وضع اليد العاديه على مال الغير.

قلنا بأنّه من آثار هذا اليد هو أنّه تتحقّق قضيّه، و هى: أنّه لو تلفت العين تشتغل ذمّه ذى اليد على البدل، و هذه القضيّه التعليقيّه الّتى انتزعت عن الآثار المترتّبه على كلّ واحد من الأيادى بعد التلف تتنجّز فى آن واحد بالنسبه إلى جميعها، بلا سبق لأحد من الأيادى على الاخرى، فكيف الالتزام باستقرار الضمان على من تلف المال عنده؟

و لذلک منع بعض- كالسيّد المحشّى «المكاسب» على ما نقل (۱)- عن ذلک رأسا، و أنكر استقرار الضمان عليه، و جعل من تلف المال عنده كغيره، هذه ملخّص الإشكالات الثلاثه، و قد تعرّض كلّ إلى دفعها بنحو سنشير إليه.

۱- لاحظ! حاشيه المكاسب للسيّد كاظم اليزدى: ۱/ ۱۷۷.

قاعده الید

و أمّا نحن فنتعرّض أوّلا بشرح «قاعده الید» بمالها ربط بالمقام؛ لأنّک عرفت أنّ العمده من الدلیل فی باب الضمان هی هذه القاعده، و أنّ الغصب الّذی عرّفناه فی صدر الباب أیضا مساوق له، ثمّ نتعرّض لدفع الإشکالات و تثبیت حکم الضمان بما أفتی به المشهور فی المقام.

فاعلم! أنّ الّذی یستفاد من ظاهر هذه القاعده أنّ الید الغاصبه إذا ترد علی شی ء و تأخذه من مال الغیر، فمن آثار هذا الورود و وضع الید علی مال الغیر أنّه یثبت- مضافا إلی ما سیجی ء فی الید- شی ء آخر فوق الید، و هذا الّذی یثبت فوق الید لیس إلّا بدل هذا الشی ء الّذی یکون فی الید، بحیث لو تلف فعلی الید العادیه أن تردّ إلی صاحب المال بدلا عمّا کان فی یده، هذا الّذی یثبت له بحکم الشارع فوق یده و علی یده.

و هذا الّذی ادّعیناه إنّما یستفاد من عنایه لفظ «علی» المشتمل علیها الحدیث (۱)، لأنّ المال الّذی أخذه الغاصب یکون فی یده و تحت یده لا- فوق یده، المستفاد ذلک من کلمه «علی» الدالّه علی الاستعلاء، فکأنّ الشارع ألزمه علی فعله ذلک، بأن جعل لصاحب المال علی عهده الغاصب بدلا (۲) لماله المترتّب علی ذلک سلطنه اخری له علیه، مضافا إلی سلطنته علی عین ماله، بحیث لو

۱- عوالی اللآلی: ۱/ ۲۲۴ الحدیث ۱۰۶، مستدرک الوسائل: ۱۷/ ۸۸ الحدیث ۲۰۸۱۹.

۲- لا بدلا بل وسّع فی دائره تملّکه و جعل وجودا له، مضافا إلی الوجود العینی للملک علی عهده الغاصب، «منه رحمه اللّه».

تلف عین ماله فی یـده فانقطعت سـلطنته عنه، تکون له سـلطنه اخری علی بـدله الّـذی یکون موجودا فوق یـد الغاصب الّـذی قد اعتبره الشارع، فالشارع فی عالم التشریع فعل ما له أن یفعل فی عالم التکوین، فکما أنّ له إذا یأخذ الغاصب مالا للغیر فی یده أن یوجد- مثلا- له فوق یده، یکون ذلک أیضا لصاحب ما فی الید بدلا له.

و بالجمله؛ فعلی ما یستفاد من ظاهر القاعده أنّه إذا وضع الغاصب یده علی مال الغیر یترتّب علی فعله ذلک امور: أخذ الغاصب المـال، و سـلطنه للمالک علی المال المغصوبه الّتی کانت قبل خارجه عمّا فی یـد الغاصب، فإذا انتقل المال إلی یـده لا ریب أن سلطنته الخارجیّه الّتی کانت تابعه للمال قد انتقلت إلی ما فی ید الغاصب.

بمعنی أنّه لمّا کانت الید فی المقام کنایه عن العهده، فإذا تصـرّف الغاصب فی مال الغیر فلما یترتّب علی ذلک اشتغال ذمّته بعین المال أوّلا فیحدث للمالک سلطنه علی عهده المالک و عنقه، تبعا لسلطنته علی ماله، فتأمّل.

و أیضـا؛ یترتّب علی فعـل الغـاصب بـأن یثبت وجود للمال المأخوذ علی الغاصب، بحیث إذا یأخـذ الغاصب المال فی یـده فکأنّه ینعکس منه مال آخر ظهر الید، و یکون ذلک من الآثار الوضـعیّه للتصـرّف فی مال الغیر المعبّر عن ذلک بالضمان، فالمال الّذی یکون فی الیـد علّه لحـدوث مال آخر فوق الیـد بدلا عن الّذی یکون فی الید المسـتتبعه حدوث هذه المرتبه الاخری من الوجود لشـی ء آخر، و هو الأمر الرابع الّـذی یترتّب علی التصـرّف فی مال الغیر، و هو ثبوت سـلطنه اخری للمالک علی هـذا البـدل عند تعذّر العین، أو تلفها.

و لا يخفى؛ أنّ ثبوت هذا البدل الّذى قد عرفت أنّه وجود تنزيلىّ للعين، إنّما يثبت على ذمّه الغاصب من أوّل ما يضع يده على العين فى عرض ثبوت العين، إلّا أنّ سلطنته على العين فعلىّ تنجيزىّ، بخلاف سلطنته على المنعكس عنه، فمعلّقه على تلف العين، و أمّا أثر هذا ثبوت البدل فوق اليد أىّ شى ء يكون؛ فنشير إليه.

و الآن نكون فى مقام ما يستفاد من ظاهر لفظ «على اليد» فكيف كان هاهنا يفترق بين يد الضمان و يد الأمانه، فإنّ فيها ليس يثبت على عهده الأمين سوى نفس العين، و لذلك لو تلفت بلا تفريطه و تعدّيه ليس عليه شى ء إلّا إذا صارت يده أيضا متعدّيه.

هذا كلّه؛ بالنسبه إلى اليد الاولى العاديه، و كذلك يترتّب هذه الامور الأربعه أيضا على اليد الثانيه، و كذلك الثالثه إلى أن ينتهى، و يستقرّ الضمان على الآخره.

فالّذى تقتضيه القاعده؛ هو ترتّب الأبدال على الأيادى المتعاقبه العاديه، بحيث تكون سلطنه للمالك على كلّ واحد من الأبدال بمجموعها، مضافا إلى سلطنته على عين ماله عند كلّ من تكون، لو لم تكن تابعه.

ثمّ من آثار ثبوت هذه الأبدال على ذمّتهم ثبوت حقّ للمالك أن يرجع إلى كلّ واحد منهم و يطالب عن كلّ منهم ماله، فعليه يحكم «على اليد» أن تردّ إليه عين ماله إن أمكنت و لو بأن يرجع إلى غيره و يأخذ منه العين، و إلّا فالأقرب إليها حتّى ينتهى إلى القيمه، و من المعلوم أنّه لا ينتهى إليها إلّا بعد العجز عن العين أو ما هو أقرب إليها من القيمه، كما أنّه ليس للمالك أيضا إلزامه على ردّ القيمه مع

تسليمه العين أو مثله، لأنّ نحو ثبوته على يده المكنّى بها عن العهده ليس إلّا بهذا النحو؛ لأنّه سنذكر أنّ هذا البدل ليس بدلا معاوضيّا، كما يثبت فى المعاملات بالتراضى، بل هو غرامه من الشارع ألزمها على الغاصب تداركا عن العين المغصوبه، و طبيعه الضمان تقتضى ردّ العين، كما أنّ طبيعه الغرامه تقتضى ردّ ما هو أقرب إليها، و لا مدخليّه لرضاء المالك فيها، و سنشير إلى توضيح ذلك فى بحث القيمى و المثلى إن شاء اللّه.

ثمّ إنّه يتولّد هنا الإشكال الأوّل، و أنّ ذممهم المتعدّده كيف يمكن أن تشتغل لتلف مال واحد و عين فارده؟

فنقول فى دفعه: إنّه لو التزمنا بثبوت أموال متعدّده الّذى يكون مرجع ذلك إلى الالتزام بثبوت كلّ واحد من الأبدال على العهدات تعيّنيّا، فلا ريب أنّ الإشكال يكون واردا، و أمّا لو لم نقل إلّا بثبوت بدل واحد على الجميع، و مرجع ذلك يكون إلى ثبوت جامع من الأبدال على المجموع، إلّا أنّه لمّا فرض لهذا الجامع مصاديق متعدّده تكون كلّ واحد منها على أحد الذمم، و لكن لا بكونه وجودا شخصيّا معيّنا فى مقابل الأفراد الاخر، بل لكونه أحد مصاديق الجامع، فإذا يرجع المالك إلى كلّ واحد منهم و يطالب عنه ماله، ففى الحقيقه لا يطالب عنه إلّا الجامع المنتزع من هذه المصاديق الّذى اعتبرها الشارع، و لذلك لو أدّى أحدهم العين أو البدل تبرأ ذمّه الآخرين، و ليس للمالك مطالبتهم بعد بشى ء أصلا.

و لمزيد التوضيح؛ نفرض هذه الذمم بمنزله أعيان خارجيّه، منها ضدّ وجوداتها، و كأنّه قد تعلّق [حقّ] المالك بأحدها لا على التعيين كتملّكه صاعا من الصبره، بمعنى أنّ ملكه شخص أحدها بنحو ذلك، و لا ريب أنّه يصير مالكا

لجميعها، و لكن لا- بمجموعها، بل بنحو الطبيعه الساريه يصير أحدها ملكا له و متعلّقا لحقّه كلّه، بحيث له أن يختار كلّ واحد منها، فإذا اختار أحدها ينقطع حقّه عن الباقى، و ما دام لم يختر يكون غيره ممنوعا عن التصرّف فى جميعها.

و يمكن أن يعبّر عن ذلك بما لو أخذ المبهم نظير الشبهه المحصوره، و يكون حقّ رجوع المالك إلى كلّ واحد منهم، نظير وجوب الاجتناب و الاحتياط فى أطراف الشبهه المحصوره، فتأمّل!

و لا شبهه أنّ ذلك بمكان من الإمكان؛ و لا يتوقّف تملّكه كذلك على أن يكون مالكا لكلّ واحد منها تعيينا، بل يكفى و إن كان تملّكه على نحو البدل الّذى قد عرفت أنّ ذلك يرجع إلى تملّكه الجامع.

و نظير ذلك فى التكاليف هو الواجب الكفائى، فإنّ التكليف فيه ليس إلّا تكليفا واحدا نشأ عن مصلحه واحده، و مع ذلك يتعلّق هذا الواحد البسيط إلى متعدّده كثيره غايه الكثره، و لا ريب أنّ هناك العهدات بجميعها أيضا مشغوله ما لم يقم أحد أن يؤدّى التكليف، ففيه أيضا لا- يتصوّر ذلك إلّا أن يكون هذا التكليف الواحد متعلّقا بمجموع المكلّفين على نحو البدليّه، و نعبّر عن ذلك بالجامع فى الخارج الحاكى عن نحو تعلّق التكليف و كيفيّته الحقيقيّه، و هذا الجامع يتحقّق بأوّل الوجودات، فكذلك نفرض الحكم الوضعى و لا استحاله فيه.

فإذا أمكن ذلك فى عالم الاعتبار، و لم يستحله العقل- لأنّ أمر الاعتبار سهل، و لا يحتاج إلى زياده مئونه- فنحمل كلام الشارع عليه بلا- أن نحمله على المسامحه، فيكون معنى قاعده «على اليد» بعنايه لفظ «على» ما عرفت، و أعظم شاهد عليه فهم أساطين الفقهاء ذلك من القاعده، كما يستكشف ذلك من

فتاويهم، و لا داعى على حمله على خلاف ظاهره، فتأمّل.

فإن قلت: هكذا دفعت الإشكال الأوّل فما تقول فى وجه أصل جواز رجوع المالك إلى اليد السابقه، مع كون عين ماله موجوده فى اليد اللاحقه، و المفروض أنّ ضمان السابق البدل كان موقوفا على تلف ماله، فكيف يجوز له الرجوع إليه مع بقاء عين ماله عند غير من يرجع إليه الآن؟

قلت: قد أشرنا فى طىّ الكلام إلى أنّ ثبوت البدل على الضامن إنّما يكون من أوّل وضع يده على مال الغير، ففى عرض ثبوت العين فى اليد يحدث بدلها أيضا فوق اليد، بحيث يكون ما فى اليد علّه لثبوت بدله، فوقه بدل له فوق اليد العاديه.

و لكن لا يخفى؛ أنّه علّه له حدوثا لا بقاء، بمعنى أنّ وجود البدل ليس دائرا مدار وجود العين تحت اليد، بل و لو خرجت عن اليد بتلف أو غيره فالبدل ثابت، و لا يسقط إلّا بردّ العين أو الأقرب بها كلّ ما يكون.

و على كلّ حال؛ فمن أوّل أخذ الغاصب مال الغير يتوسّع دائره سلطنه المالك و تتبدّل من العين يقينا إلى سلطنه مردّده كونها على نفس العين و بدلها، و لا ينافى ذلك كون وجوب ردّ البدل معلّقا على تلف العين، لأنّ الرد إنّما هو من آثار الضمان، و أمّا نفس الضمان فتنجيزىّ قد عرفت ظاهر «على اليد» يقتضيه، مع أنّه لو كان معلّقا فهذا المقدار من الأثر- و هو ثبوت السلطنه للمالك- على الآخذ، بأن يرجع إلى شخصه و يطالب عنه ماله، و لو كانت عينه باقيه فى يد غير الآخذ الأوّل، فهذا الأثر ثابت للقضيّه التعليقيّه.

و الدليل عليه هو ظاهر قاعده «على اليد» فإنّ لسانها حاكمه بأنّ على

عهده الآخذ سلطنه المالک ثابته ما لم یؤدّ ماله إلیه، و ذمّته مشغوله ما لم یصل مال المالک إلیه، و لا یتصوّر ذلک مع بقاء عین ماله فی ید الغیر و عدم انقطاع سلطنته عنه، مع أنّ السلطنه مستتبعه للملک، فمع بقاء ملکیّته علی العین کیف یتجاوز عنها إلّا بنحو ما قلناه فی دفع الإشکال الأوّل، و هو أن نلتزم بأنّ معنی توسعه ملکیّه المالک و تجاوزه عن العین إلی البدل حتّی فی ظرف وجود العین، هو أنّه انتقل بحکم الشارع ملکیّته عن العین تعیّنا إلی الجامع بینها و بین البدل من یوم الغصب و تسلّط الغیر علی ماله، بأن یکون کلّ منهما علی البدل ملکا له و مصداقا للجامع.

فهنا قد یتوهّم بأنّه یلزم من ذلک أن یکون المالک الّذی قد خرج المال الواحد عن کیسه، أن یصیر مالکا لشیئین، و یکون مسلّطا علی أمرین، لأنّ لازم تملّکه البدل و المبدل منه من یوم الغصب و ثبوت سلطنته علی کلیهما لیس إلّا أن یکون کلاهما مملوکا له.

فنقول فی دفعه- بعد کون ذلک هو الإشکال الثانی-: إنّ الإبدال و جعل الشی ء عوضا عن شی ء یتصوّر علی وجوه، أوضحها هو التبادل الّذی یقع بین العوضین فی أبواب المعاملات، فإنّ فی باب البیع؛ إذا یخرج البائع المبیع عن ملکه بإزاء ما یقبله عوضا عنه من الثمن و غیره فهو لمّا یکون بانیا علی أن یکون دخول العوض فی ملکه مشروطا و موقوفا علی خروج المعوّض عن ملکه، بأن یتبدّل تشخّصات العوض و المعوّض، فکأنّه اعتبر بأن یتلوّن المبیع بألوان الثمن، فیتلوّن ماله بألوان مال الطرف الآخر، و کذلک یبنی المشتری علی ذلک بعینه، و هذا هو معنی البدلیّه حقیقه، و لذلک نقول بأنّه یستحیل أن یجمع بین العوض

و المعوّض؛ لاعتبار البدليّه فيهما.

و منها؛ أن يعتبر هـذا المعنى بعينه فى قاعـده «على اليـد» باعتبار الشارع، بأن يقال بأنّ الشارع اعتبر حين أخذ الغاصب مال الغير و جعله توجّهه إليه و استيلاءه عليه، بأن يكون مال الغير فى يـده تبـدّل ما فى يده إلى مال اعتبر الشارع وجوده فوق اليد، بأن يكون ذلـك عوضـا عنه فيجرى فيهمـا جميع مـا هو من لوازم المعاوضات الحقيقيّه، فعلى ذلك أيضا يستحيل أن تبقى العين الثابته فى اليد العاديه فى ملك المالك و تحت سلطنته، مع أن يكون البدل الّذى يثبت بحكم الشارع فوق اليد يصير ملكا للمالك و يجى ء تحت سلطنته، لما عرفت من برهان الاستحاله.

و منها؛ أن لا يعتبر كـذلك، بل تعتبر الملكيّه و البـدليّه بالمعنى الّذى قلنا، و هو أن يوسّع الشارع دائره الملكيّه المنحصـره بالعين الشخصـيّه و يسـريها منهـا إلى بـدل الملـك المفروض وجوده على اليـد، بمعنى أنّه كمـا أنّ للشـارع فى عالم التكوين أن يجعل الجسم الصـغير كبيرا و يطوّل مـا هو نصف الـذراع- مثلا- إلى ذراع أو أزيـد، فكـذلك فى عالم التشريع، فكأنّه بسّط العين (۱) المغصوبه عمّا فى يد الغاصب و أتاه إلى فوق يده، و نعبّر عن هذا الوجود البسيط بالجامع.

و بالجمله؛ فليس فى هـذا الفرض عنوان التبـديل حتّى يقال بأنّه كيف يجمع بين البـدل و المبدل منه؟ بل ثبوت البدل الجائى فى الحقيقه من قبل بسط دائره

۱- و نظير ذلـك فى بـاب الاستصـحاب، فكمـا أنّ فيه الحيـاه الحقيقيّه الثـابته لزيـد فى طرف العلم بها، الشارع، يعتبرها أيضا فى طرف الشـكّ، و مرجع ذلـك يكـون فى الحقيقـه إلى جرّ الحيـاه مـن طرف العلـم إلى طرف الشـكّ، المعـبّر عـن ذلـك بجعل المماثل، فيصير أحكام الحياه للجامع بين الحقيقى و الاعتبارى، كذلك هذا الاعتبار ثابت فى ما نحن فيه، «منه رحمه اللّه».

الملكيّه إنّما هو غرامه و ثبوت تدارك عن عين ماله بحيث لو كان عين ماله فى يد اللاحق و رجع إلى السابق و لم يمكن وصول عين ماله فأخذ عنه غرامه ماله، لم تخرج تلك العين عن ملكه و سلطنته، بل هى بما لها من التشخّصات باقيه على ملكه، و يكون البدل المأخوذ نظير بدل الحيلوله، فكما أنّ فيه لمّا لم يكن تأديه مال المالك بما له من جميع التشخّصات بعينها، فيتدارك مرتبه منها، و هى مرتبه ماليّتها و لا يلزم [من] ذلك خروج ماليّه العين عن ملكه لوصول بدله من جهه بدل الحيلوله،- و عدم لزومه يأتى إن شاء اللّه- و كيف كان؛ فكذلك يكون حال بدل المال المأخوذ من اليد السابقه مع بقاء عين ماله الموجود فى اليد اللاحقه تحت سلطنته.

فمحصّل البحث فى رفع الإشكالين صار بأنّه لا استحاله عقلا أبدا أن يثبت للمال الواحد أبدال متعدّده على نحو ما عرفت، الّذى صار مرجع ذلك إلى إثبات غرامه واحده على الذمم المتعدّده، و كذلك لا استحاله أن يثبت بدل المال الواحد ما هو الجامع بين العين و بدلها مع بقاء العين، بأن تكون الذمّه مشغوله بهما على البدليّه، و قد أشرنا إلى أنّ إبقاء كلام الشارع على ظاهره لا يحتاج إلى أزيد من عدم استحاله المعنى المستفاد من ظاهر لفظه عقلا، كما لا يخفى.

فيترتّب على كلّ من الأيادى الغاصبه و على جميعها لوازمها من أحكام الضمان، كما فهم الأصحاب من جواز الرجوع للمالك على كل واحد منها، سواء كانت العين باقيه أم تالفه، و سواء كان المطالب منه ذا يد على العين أو تمكّن من أخذها عن الآخر و لو لم يكن ذا اليد، أو لم يكن كذلك.

و كذلك له الرجوع إلى كلّ واحد منهم بمقدار، و على الآخر بمقدار آخر،

و كـذلك جميعهم حتّى يحصل له البـدل من المجموع، فكلّ مقـدار أعطى أحـدهم تبرأ ذمّه الآخرين و نفسه عن المالك بهـذا المقـدار، لأـنّه إذا كانت الـذمم مشـغوله بالكلّ، و يجوز له الرجوع إلى كلّ [واحـد] منهم و مطالبه تمام البـدل، فالرجوع ببعضـه يجوز بطريق أولى.

كلّ ذلك لما عرفت أنّ اشـتغال ذمّه الجميع يرجع إلى اشـتغالهم مجموعا بالجامع بين الأبـدال المنتزع من الـذمم المتعدّده، فكلّ منهم يؤدّى شيئا من البدل يؤدّى مقدارا من الجامع.

ثم هـذا كلّه؛ حكم المالـك و بيـان كيفيّه حقّه و سـلطنته، أمّا حكم الغاصب و تكليفه فلا يخفى أنّ تسـليمه العين المغصوبه إنّما يتحقّق برفع يـده عنهـا و تخليتها، و لا يحتاج إلى أزيـد من ذلك، كما بنينا عليه فى باب قبض المبيع بأنّ قبضه يتحقّق برفع البائع يـده عنه، و أما الإيصال و الأداء أو النقل و الإقباض فى المنقول فهى امور زائـده على القبض، و لا يتوقّف عليها، فكذلك فى ما نحن فيه قبض العين يحصل برفع الغاصب يده عمّا فى يده، و لكن بدل العين الّذى قلنا:

اعتبره الشارع من يوم قبض العين فوق اليد، فقبضه متوقّف على الأداء و إيصال العين بأداء الأقرب منه فالأقرب إلى المالك.

و الدليل عليه هو ذيل قوله صـلّى اللّه عليه و آله و سلم: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى» (۱) فإنّ قبض ما على اليد مغيّا بغايه، و هى الأـداء، و لمّـا كان يجب عليه أوّلا تسـليم العين الّتى هى أحـد مصاديق الجامع بينها و بـدله الثابت على ذمّته من يوم غصـبه، فيجب عليه أوّلا تسليم العين إن أمكنت، و لذلك يجب عليه الرجوع إلى من

۱- عوالى اللآلى: ۱/ ۲۲۴ الحديث ۱۰۶، مستدرك الوسائل: ۱۷/ ۸۸ الحديث ۲۰۸۱۹.

كانت عنـده، بل و لو كان أخـذه منه متوقّفا على مقدّمات يجب تحصـيلها، فإن لم يمكن فعليه أن يؤدّى ما هو الأقرب إليها حتّى ينتهى إلى القيمه، و بالجمله؛ فلا يحصل له براءه الذمّه إلّا أن يعمل بهذا الترتيب و يوصل مال الغير إلى صاحبه.

تنـبيه: إنّ الّـذى أشـرنا [إليه] فى مطـاوى الكلمـات من تعبير عنوان البـدليّه عمّـا يثبت على اليـد، فقـد وقعت مسـامحه فى التعبير، ضروره أنّ البدليّه تقتضـى أن يكون للبدل وجود مستقلّ فى مقابل المبدل منه الّذى يكون تحت اليد، و مثل ذلك لا يستفاد من القاعـده، مع لزوم محـذور آخر، و هو عـدم فرض جـامع بين الوجود الحقيقى و الوجود الاعتبارى الّـذى جعلنا ذلك منشأ لجواز رجوع المالك إلى غير ذى اليد؛ لثبوت بدل المال عليه من يوم أخذه مال الغير، فيتردّد أمره بين ضمان أحد الأمرين من العين أو البدل.

فحقّ التعبير أن يقال: يسـتفاد من لفظ «على» فى قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «على اليد» مع أنّ المال يكون تحت اليد بالبيان الّـذى أسـلفنا أنّ الشارع وسّع وجود العين حتّى جعلها على اليـد، فأتى بما هو موجود تحت اليد إلى فوق اليد الّتى هى عباره عن العهـده، فهـذا الوجود الّذى يثبت على العهده ليس فى قبال العين، بل إنّما هى نفسـها بمرتبه من مراتب وجودها الّتى لو لا اعتبار الشارع لها لم يكن لها وجود سوى وجودها العينى، فباعتبار الشارع الّذى قلنا: له أن يوسّع فى الوجود فى عالم التكوين، فكذلك وسّع فيه فى عالم التشـريع بأنّ هـذا الوجود الخارجى الّـذى يكون مالا للغير مفروض الوجود على اليـد، و نقله ثابت على العهـده حتّى يردّها إلى صاحبها.

بمعنى أنّه اعتبر الشارع بأنّ العين المغصوبه و لو تلفت بحرق أو غرق، أو

صارت بحكم التلف، بمعنى أنّها خرجت [من] تحت سلطنه الغاصب و دخلت تحت سلطنه الغير لا تخرج بذلك عن العهده، و سلطنه المالك على عهدته ثابته باقيه، و لا- تنقطع سلطنته هذه عليها حتّى يردّ إليه ماله بخصوصيّاته إن أمكن، و إلّا الأقرب فالأقرب.

و لذلك قلنا بأنّ للمالك الرجوع إلى كلّ من ذوى الأيادى، بجريان هذا الملاك فى جميعها، و قد دفعنا الإشكال الأوّل بأنّ لازم ذلك مع كون المال التالف واحدا هو اشتغال الجامع بين الذمم، و الجامع بين المراتب الثابته على كلّ من ذوى الأيدى، و يندفع بذلك أيضا الإشكال الّذى أشرنا إليه من عدم التصوير الجامع بين الوجود العينى و الاعتبارى، لما عرفت من أنّ ما اعتبره الشارع على الذمّه ليس وجودا على حده فى مقابل العين حتّى يفرض جامع بينهما، بل إنّما هو عينه بسعه وجودها الّتى اعتبرها الشارع.

ثمّ إنّه أشرنا إلى أنّه كما أنّ سلطنه المالك عن العين لا تنقطع ما دامت موجوده و لو لم تصل يده إليها، كذلك عند الأداء يجب على الغاصب أداؤها بحيث لو كانت موجوده عند غيره يجب عليه تحصيلها، و كما أنّه يجب عليه من باب المقدّمه أخذ العين عن الغير يجب على الغير تسليمه إليه (۱)، فتأمّل!

ثمّ إنّه إن أمكنه أخذ العين عن الغير و تسليمها، فيجب، و إلّا فللمالك أن يطالب عنه بدله، و هذا البدل الّذى يأخذه منه ليس بدلا حقيقيّا عن المال من قبيل

۱- و قد قال- دام ظلّه-: إنّ وجه وجوب ردّ الغير به هو أنّ المقام يكون من قبيل أنّه كما يجب على النساء عدم كتمان ما خلق فى أرحامهنّ، كذلك يجب على السائلين القبول عنهنّ ذلك، و لكن لا يخلو ذلك عن التأمّل، كما لا يخفى، «منه رحمه اللّه».

الأبدال فی باب المعاوضات حتّی یوجب خروج العین عن سلطنته، بل إنّما هو غرامه و جبران عمّا فات منه من المالیّه.

و توضیح ذلک: أنّه لمّا قلنا: إنّ حسب ما یستفاد من قاعده الید أنّ المال المغصوب عهدته علی الغاصب بجمیع خصوصیّاته حتّی یردّه کذلک إلی صاحبه، فإذا لم یمکنه کذلک فطبیعه الضمان تقتضی أن یردّ إلیه ما أمکنه من مراتب وجود ما أخذه، فإذا لم یمکن ردّ الملک بخصوصیّاته و أمکنه ردّ مالیّته یجب علیه أن یدفع کذلک، فکأنّ هذه المالیّه یکون خلاصه وجود العین الّتی لم یمکن ردّها الآن، و لیس بدلا عنه حتّی یوجب خروج العین عن ملکه و سلطنته، بل هی بخصوصیّتها باقیه تحت سلطنته، و لکن مالیّته مسلوبه عنه، لأنّ المالیّه أمر عرفی إنّما یعتبر وجودها إذا کان المال منشأ للآثار ممّا یتوقّع عن المال من الأکل و الشرب و القلب و الانقلاب و غیرها.

و من المعلوم؛ أنّ هذه الآثار مسلوبه عن المال المغصوب الّذی لم یمکن التصرّف فیه الآن، بخلاف الملکیّه فإنّها لیست مترتّبه علی شی ء، بل إنّما یعتبرها العرف، و لو لم یکن تحت التصرّف و السلطنه، و لذلک لا یجوز له التصرّفات المتوقّفه علی المالیّه، مثل البیع و غیره و إن کان بناء المشهور علی جواز بیعه للغاصب أو غیره، أو لو أمکن له القبض و إخراج العین عن تحت ید الغاصب، و کذلک یجوز عتق العبد المغصوب، و لکنّه لا ینافی ذلک ما أفاده- دام ظلّه- أو الأوّل مبنیّ علی کفایه القدره علی التسلیم فی صحّه البیع کما هو المشهور، و الثانی [لیس کذلک] لأنّ العتق من آثار الملک و لا یعتبر فیه المالیّه أصلا بخلاف البیع فإنّه و إن کان هو مبادله مال بمال إلّا أنّ قدره التسلیم یکفی فی اعتبار المالیّه.

و بالجمله؛ فإذا صارت العين بالنسبه إلى المالک مسلوبه المالیّه فما یأخذه من الغاصب إنّما هو قائم مقام مالیّه عین ماله و تدارک عنه، لا أن یکون تدارکا و بدلا عن العین بجمیع مراتب وجودها و تشخّصاتها لأنّ ملکیّه العین بخصوصیّتها باقیه على ملکه و سلطنته، و إنّما مالیّتها فقط خرجت عن سلطنته و لذلک تتدارک.

فظهر من ذلک؛ أنّ باب الضمان إنّما یکون من قبیل باب قاعده المیسور فی التکالیف، فکما أنّ فیها لمّا لم یمکن امتثال التکلیف بنحو المطلوب کاملا فیکتفی بقدر المقدور منه، فکذلک باب الضمان.

و أمّا ظاهر المشهور- کما یستفاد من کلام الشیخ قدّس سرّه أیضا فی مبحث البیع الفاسد و ضمان تلف المبیع فیه- کون ما یعطیه الضامن تدارکا عن المالیّه المسلوبه الآن إنّما هو بدل عنها و عوض عن الانتفاعات الفائته من المالک عن ملکه لکونه ممنوع التصرّف عنه، و إن کان قد سومح فی عباره الشیخ رحمه اللّه هنا من کون التدارک بدلا عن السلطنه الفائته، مع أنّ التدارک إنّما یقع عن نفس الانتفاعات الفائته عن السلطنه علیها، و إن کانت هی تتدارک تبعا أیضا.

و کیف کان؛ و على کلّ حال فالتزموا فی باب بدل الحیلوله کونه بدلا عن المالیّه، و قالوا بأنّه حسب ما تقتضیه قاعده تسلّط الناس على أموالهم ثبوت حقّ مطالبه المالک لمالیّته، و لا یمنعه عن ذلک عدم تمکّن الغاصب أن یعطیه مالیّته بشخصه إلیه، بل علیه أن یردّ إلیه بدله، فما یعطیه من البدل یصیر بدلا عن مالیّته، فلا یصیر ملکا؛ لعدم خروج عین ماله عن ملکه، فلمّا یلزم بالنسبه إلى الملکیّه الجمع بین البدل [و المبدل منه] فلا یصیر ما یأخذه بدلا عن مالیّته ملکا، بل یکون من قبیل ما یباح له التصرّف فیه.

نعم؛ فی ما یکون تصـرّفه فیه و اسـتفادته من مالیّته متوقّفا علی الملکیه مثل البیع و نحوه، فیلتزمون بتملّکه علی نحو تملّک المبیع فی المعاطاه.

فالمحصّل؛ أنّ ظاهرهم فی باب الضـمانات أنّهم ملتزمون بصفتین من البدل: أحدهما الطولی و الآخر العرضی، أمّا البدل الطولی؛ فهو الّذی یقع عوضا عن مال الغیر بعد تلفه تحت الید العادیه، و أمّا البدل العرضی فهو ما یقع عوضا عن مالیّه ملک الغیر مع بقاء عین مـاله و بقـاء سـلطنته، فهـذا لمّـا یکون جبرانا عن المالیّه الفائته الآن مع بقاء الملکیّه، فکأنّه بـدل فی عرض المبـدل منه، ففی الأوّل تملّکه البدل متوقّف علی تلف المبدل منه، بخلاف الثانی فإنّه یجوز التصرّف فیه و إن کانت العین باقیه، فتأمّل!

هکـذا یسـتفاد من ظاهر کلام شیخنا رحمه اللّه و البعض الآخر (۱)، و لکن لاـ یخفی أنّ البـدل یقوم مقام المبـدل منه علی نحو وجود المبـدل منه، فلو کـانت المالیّه الفائته فائته علی الإطلاق، بل أمکن اسـتفاده بعض أنحاء المالیّه عن العین المغصوبه، فلا بدّ علی حسب ما تقتضـیه قاعـده البـدلیّه أن یکون المالک ممنوعا عن التصـرّف فی بدل الحیلوله بقدر ما أمکنه تصـرّف المالیّه فی ملکه المغصوب، مثل ما لو أمکنه أن یبیعه علی الغاصب بناء علی الاکتفاء فی اشتراط تسلیم المبیع تمکّن المشتری عن الاستیفاء، و کـذلک یمکنه عتقه، فلازم البدلیّه أن یکون المالک ممنوعا عن التصـرّف فی البدل بمثل هذه التصـرّفات، مع أنّهم لم یلتزموا بذلک، بل ظاهرهم الاتّفاق علی جواز تصرّفه فیه بأیّ نحو شاء.

و انقدح بذلک؛ أنّ التحقیق فی باب الضمان و بدل الحیلوله هو ما قلناه من

۱- راجع! المکاسب: ۳/ ۵۰۵- ۵۱۱.

کونه نظير قاعده «الميسور» فی باب التکاليف، من کون ما يأخذه المالک عوضا عن ماليّه ملکه ليس عنوانه عنوان البدليّه، بل هی غرامه و جبران عن ماله، بحيث لمّا لم يمکن استيفاء ملکه و ماله بماله من الخصوصيّات بجميع مراتب وجوده، فيتدارکه و يأخذه بقدر الميسور منه، و هو خلاصه ماليّه، فالمأخوذ الآن بتمام حيثيّات وجوده مرتبطه من عين ماله بنفسه، فهذا الّذی يقبضه الآن يملکه بتمام وجوده (۱)، لا ماليّته فقط؛ لما عرفت أنّ عنوانه ليس عنوان البدليّه، حتّی يفکّک بين جهه الملکيّه و الماليّه، بل المأخوذ مرتبه من نفس وجود المال المغصوب، و قد قرّرنا سابقا أنّ الماليّه ليست أمرا قابلا للتملّک، بل هی تتملّک تبعا للملک، فذلک بشراشر وجوده مملوک لصاحب المال، لما عرفت من أنّه بحيثيّه وجوده جبران للماليّه الفائته.

نعم؛ لمّا لم تکن ملکيّته ملکيّه مستقرّه، بل إنّما المأخوذ جبران لما فات من الماليّه ما دامت فائته، فإذا تمکّن [من] تسليم المال و ارتفع المانع فعليه أن يسلّم عين ماله، فلمّا يسلّم ففی ضمن تسليم العين تلک المرتبطه الفائته أيضا تسلّم، فلذلک إلی الغاصب يرجع أيضا ما تدارک به الفائت، علی التفصيل المذکور فی باب بدل الحيلوله.

و أمّا الجواب عن الإشکال الثالث فيظهر بعد ذکر مقدّمتين:

۱- و لذلک يجوز له التصرّف فيه جميع أنحاء التصرّفات، و لا يتوهّم أنّه حينئذ يلزم الجمع بين العوض و المعوّض؛ إذ المفروض بقاء خصوصيّه العين المغصوبه علی ملکه أيضا، و رفعه: أنّ الممنوع من الجمع بينهما إنّما هو فيما له الماليّه، و المفروض لا يعتبر الماليّه للعين المغصوبه، للحجر عن التصرّف، فالخصوصيّه إنّما هی ملک محض، و الملکيّه المحضه ليست محلّا لاعتبار العقلاء، و إلّا فمن هذه الجهه الإشکال بين المشهور و مسلکنا مشترک، فتدبّر! «منه رحمه اللّه».

الاولی: أنّه بعد أن استفدنا من ظهور لفظ «علی الید» بأنّ الشارع اعتبر علی ید الغاصب وجود العین المغصوبه الّذی هو ثابت علی ذمته حتّی یردّ المال إلی صاحبه، کما أنّ ظاهر القاعده أیضا کان مقتضیا لثبوت هذا الوجود الاعتباری الّذی کان مرجعه إلی توسعه الوجود فی ما أخذه الغاصب علی کلّ من الأیادی المتعاقبه الوارده علی العین المغصوبه، و قلنا: إنّ لازم ذلک کون الجامع بین هذه الوجودات الاعتباریّه متعلّقا لحقّ صاحب العین لا کلّ واحد من العهدات تعیّنا.

و بالجمله؛ فهذا الوجود العینی إذا یأخذه الغاصب فاعتبر الشارع له وجودا سوی وجوده الخارجی علی عهده الغاصب، فیصیر هذا الوجود الاعتباری من شئون العین و لوازمه الغیر المنفکّه عنها، إذ قد عرفت أنّه من مراتبها لا أمر خارج عنها، فیکون بمنزله جسم کان له نصف ذراع من الطول، فبعد اعتبار الشارع اضیف إلیه نصف ذراع آخر، فصار بمجموعه ذراعا واحدا، فکلّما انتقل هذا الجسم بعد ذلک ما لم یصل إلی ید مالکه یکون مقداره ذراعا، بل کلّما یتوارد علیه الید یضاف إلیه حسب ما اعتبر لکلّ واحد من الأیادی نصف ذراع آخر زائدا علی المقدار السابق حتّی یستقرّ فی ید، فالعهده السابقه و إن کانت مشغوله إلّا أنّ ما فیها من الوجود الاعتباری لمّا کان من شئون العین فینتقل إلی الید اللاحقه و عهده ذیها.

و لا یتوهّم هنا أنّه بعد أن کان الوجود الاعتباری السابق من شئون العین و تبعاتها، فبعد انتقال نفس العین إلی الید اللاحقه فلا ریب أنّها منتقله بتبعاتها، فلازمه أن لا یبقی علی الید السابقه شی ء و تخلّص عهدته و تشتغل ذمّه ذی الید

الثانيه اللاحقه، و كذلك تنتقل الوجودات و تتبدّل العهدات بتوارد الأيادى على المال إلى أن استقرّ فى يد.

و دفع؛ أنّه لا نقول: كما أنّ العين الخارجيّه الّتى تكون تحت اليد السابقه تتبدّل عن مكانها و تجى ء تحت اليد اللاحقه فيتبدّل التولّى و الاستيلاء على العين، كذلك العهده السابقه أيضا تتبدّل، لا بل هى بحالها باقيه و الذمّه مشغوله بمقتضى «على اليد» حتّى يصل المال إلى صاحبه، و إنّما المتبدّل و ما يجى ء فى اليد اللاحقه هو ما على العهده، بمعنى أنّه كما أنّ العهده بعد استيلاء اليد على مال الغير تصير مشغوله و يعتبر على اليد المكنّى عنها باليد وجود مثالىّ لنفس العين، كذلك يعتبر أيضا وجود لوجودها الاعتبارى المفروض على العهده السابقه، لما أوضحنا من أنّ الوجود الاعتبارى صار من شئون العين و مراتب وجودها، و هذا الوجود الاعتبارى لمّا لم يكن اعتباريّا محضا بحيث لم يكن منشأ لآثار، ليس كذلك بل هو منشأ للآثار الشرعيّه الخارجيّه، فهذا الوجود الاعتبارى ثابت للعين غير منفكّ عنه حتّى يرجع المال إلى يد صاحبه، و لذلك هذه العين إذا تدخل تحت سلطنه كلّ أحد غير مالكها فتدخل مع وجودها الاعتباريّه المعتبره لها بحسب توارد الأيادى عليها.

و بالجمله؛ صدق الاستيلاء و اليد على العين الخارجى بجميع مراتب وجودها لا يتوقّف على أن تكون العين كذلك تحت اليد الخارجيّه حتّى يصدق الاستيلاء عليها، بل الاستيلاء عليها يكون كالاستيلاء على ما إذا كان جسم خارجى له خمس أذرع، فوضع أحد يده عليه بعنوان المالكيه و السلطنه، فيصدق على الواضع عرفا أنّه مستول عليه، مع أنّه ما وقع من الوجود الخارجى

لهـذا الجسم تحت يـده إلّا شبر منه- مثلا- فكـذلك استيلاء اليـد اللاحقه على العين المغصوبه بجميع مراتب وجودها الحقيقيّه و الاعتبـاريّه لا يتوقّف على خروج المال عن اليـد السابقه بوجودها العينى، و كـذلك عن عهـدتها بوجودها الاعتبارى، بل يصـدق عرفا بصرف وضع اليد على وجودها الخارجى و إدخالها كذلك تحت الاستيلاء، كما عرفت.

الثـانيه: لاـ إشكال أنّه يمكن أن يكون متعلّق الحقّ و المـاليّه كليّا خارجيّا جامعا بين الخصوصيّات بلا أن تكون الخصوصيّات بوجوداتها ملكا لـذى الحقّ كما فى بيع الصبره فإنّ التحقيق فيه: أنّ من يشترى صاعا من صبره إنّما يصحّ ذلك إذا لم يكن مراده و كـذا [مراد] البـائع فرد من الصيعان على نحو التنكير، و إلّا فيبطل كما حقّق فى محلّه، و إنّما المناط فى الصحّه هو ما إذا كان المبيع كليّا و صاعـا مشاعا، و لـذلك بنوا على أنّ اختيار التعيين إنما هو بيـد البائع، و ليس ذلك إلّا أنّ الماليّه للمشترى لم يتعلّق إلّا بصرف الجامع، و لازم ذلك أنّ ما يسلّمه البائع و يعيّن ماله و مبيعه فى كلّ فرد، إنّما يسلّم الفرد و الخصوصيّه إلى المشترى من باب المقدّمه و توطئه لإيصال ماليّه به، و إلّا فلو كان أمكن التفكيك بينهما لما كان عليه ردّ الخصوصيّه.

ثمّ إنّه لاـ خفـاء فى أنّ مـا نحن فيه يكون من قبيـل ذلك، ضـروره أنّه لمّا لم يكن متعلّق حقّ المغصوب عنه إلّا إحـدى الـذمم و الأيـادى معيّنه فليس إلّا الجامع بينها، كما أشـرنا إلى ذلك فى دفع الإشكال الأوّل، فعلى ذلك إذا رجع المالك بعـد تلف ماله إلى كلّ واحد من ذوى الأيادى فليس عليه أن يؤدّى إليه خصوصيّه من ماله، و كذلك ليس له أخذ خصوصيّه ماله.

نعم؛ لمّا لم يمكن قبض ماله و حقّه إلّا فى ضمن إحدى الخصوصيّات- كما أشرنا- فيجب عليه تسليم الخصوصيّه أيضا تبعا و مقدّمه، و من المعلوم، أنّه إذا رجع المالك إلى اليد السابقه مع انتقال المال من يده إلى غيره فيأخذ عنه بدل ماله مع عدم تلف المال فى يده، فما يعطيه من الخصوصيه هى الخصوصيّه الّتى ضمّنها اليد اللاحقه و انتقل إلى ذمّته تبعا للوجود العينى.

الكلام فى تعاقب الأيدى فى الغصب

إذا عرفت هاتين المقدّمتين فنقول: إنّ غير ذى اليد إذا يرجع إليه بعد تلف المال فما يؤدّيه إلى المالك، و إن كان حقّا له، و له الرجوع إليه و لو كان المال تالفا عند غيره بمقتضى «على اليد» و لذلك يجب عليه أيضا الأداء، و لكن لمّا تكون الخصوصيّه المؤدّاه إلى المالك ليست حقّا له، و إنّما يؤدّيها مقدّمه لإيصال ماله إليه و تبعا لما له، تصير الخصوصيّه أيضا ملكا له، و لا تخرج أيضا عن كيس المؤدّى، بل تكون خسارتهما على من أخذ المال ثانيا من يده سواء إن استقرّ المال بالتلف عليه أو انتقل إلى يد آخر، و هكذا، لأنّ هذه الخصوصيّه هى الوجود الاعتبارى الّذى استقرّ على يد الغاصب بحكم الشارع و تضمينه إيّاه، فإذا انتقل أصل المال من يده إلى غيره قد عرفت بحكم المقدّمه الأولى أنّ العين بجميع شئوناتها تنتقل إلى يد الغير، فاليد الثانيه كما تصير بمقتضى «على اليد» ضامنا لنفس العين، كذلك تصير متعهّده لشئونها الاعتباريّه أيضا بمقتضى «على اليد» فإنّ فى لسان هذه القاعده و قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «ما أخذت» عنايه يستكشف منها مزيد اعتبار الشارع بكون جميع خصوصيّات العين المردوده محفوظه و مرعيّه حين الردّ.

مع أنّ الشارع أيضا بنفسه اعتبر ذاك الوجود الاعتبارى، و قد قلنا: إنّه ليس اعتباريّا محضا- كأنياب الأغوال- و كذلك لا ينفكّ هذا الوجود الاعتبارى عن العينى، و نظير هذا الوجود الاعتبارى- الّذى يكون منشأ للآثار الشرعيّه، بل العرف أيضا يراه موجودا- إنّما هو مسأله المنافع الغير المستوفاه و ضمانها على من كان ضامنا للعين، فإنّ فى ضمان هذه المنافع أقوال، ذهب بعض إلى العدم (۱).

و العمده فى استدلالهم هى أنّ المنافع أمر متصرّم الحدوث، فما لم يوجد منها من حيث عدم انقضاء زمان فأمر معدوم، و كذلك ما انقضى زمانها، و المفروض أنّ ذا اليد على العين ما استوفى شيئا فصار معدوما، و الضمان لا بدّ و أن يتعلّق بأمر موجود.

و ذهب الآخرون إلى ضمانها، مستدلّين بأنّها فى ذاتها و إن كانت معدومه إلّا أنّه باعتبار قابليّه وجودها و المفروض؛ أنّ قابليّه وجودها فعليّه، فيراها العرف بهذا الاعتبار أمرا موجودا، و يكفى فى وجود الامور المتصرّمه اعتبار الوجود كذلك، أى تحقّق قابليّه نفسها و وجود منشأ انتزاعها فعلا (۲).

و لذلك ترى العرف مع مثل هذه الامور الاعتباريّه يعاملون معاملتهم مع الموجود الحقيقى الخارجى، و الشارع أيضا أمضى معاملتهم كذلك، فإنّه يجوز لصاحب الأملاك أن يؤجر أو يهب منافع أملاكه إذا كان الآن مهجورا عن منافعها إلى سنين متماديه، منافعها المحدثه لها بعد هذه السنوات، ليس ذلك إلّا أنّ العرف يراها الآن موجوده بوجود قابليّتها، و كون منشأ اعتبار وجودها الآن ملكا و مالا للمؤجر و الموهب.

۱- لاحظ! جواهر الكلام: ۳۷/ ۱۶۸.

۲- جامع المقاصد: ۶/ ۲۷۳.

و بالجمله؛ فيستكشف من نظائر الباب أنّ ترتيب آثار الوجود (۱)؛ فى الامور الاعتباريّه لا يحتاج إلى زياده مئونه، بل يكفى فيها قابليّه وجودها، خصوصا إذا كان معتبرها الشارع كما فى ما نحن فيه، فالخصوصيّه المنتقله إلى عهده اليد اللاحقه إذا لم تكن ملكا لمالك العين، بل إنّما الشارع اعتبر وجودها على اليد العاديه، لأنّ تعيين المالك ماله فيها لو تلفت العين المغصوبه بلا أن تصير هذه الخصوصيّه المعتبره على العهده الأوليّه ملكا للمالك بحكم المقدّمه الثانيه، نعم هى متعلّقه لحقّه فيجوز له مطالبه ماله عن تلك العهده فلا تخرج هذه الخصوصيّه الماليّه الّتى اعتبرها الشارع على عهده الآخذ عن كونها مالا له، و وجوب ردّها إلى المالك مقدّمه لإيصال حقّه لا يوجب ذلك، كما أوضحنا ذلك عند بيان المقدّمه.

فالحاصل؛ أنّ الخصوصيّه الماليّه إذا كانت باقيه على ملك الآخذ الأوّل، و قد كانت هذه الخصوصيّه المنتزعه عن العهده منتقله إلى يد الآخذ الثانى و على عهدته تبعا للعين، فالعهده الثانيه صارت مضمّنا لأمرين على البدل؛ إمّا نفس العين المأخوذه، و إمّا مرتبتها المعتبر وجودها على العهده الاولى، و لذلك فإن رجع مالك العين و أخذ منه عين ماله، و إلّا فبدلها و المرتبه الاخرى الّتى هى عينها بالاعتبار، فليس للأوّل الرجوع إلى الثانى؛ لعدم خروج شى ء عن كيسه، و إلّا فإن رجع إلى الأوّل و أخذ منه ماله التالف فى اليد الثانيه أو غيرها فللأوّل الرجوع إلى الثانيه لأدائه خصوصيّه ماله، مع كون الثانى ضامنا لهذه الخصوصيّه أيضا مضافا إلى ضمانه العين.

۱- شرعيّه كانت أم عرفيّه، «منه رحمه اللّه».

نعم؛ للثانی أیضا الرجوع إلی لاحقه لجریان عین ما جری بینه و بین سابقه، بینه و بین لاحقه کذلک، إلی أن یستقرّ الضمان فی ید من تلف المال بیده، فلیس له الرجوع إلی غیره لعدم عهده مضمّنه له لاحقه علیه حتّی یرجع إلیه، فهذا سرّ ما ذهب إلیه المشهور من کون قرار الضمان بید من تلفت العین المغصوبه فی یده، فافهم!

و قد یشکل الأمر؛ فی مثل ما لو استقرّ الضمان فی ید أحد، بمعنی أنّه ما أخذ المال عن یده آخر، بل انتهی التعاقب إلیه، ثم أتلفه أحد الأیادی السابقه الّتی یکون بسبب أخذه سابقا الآن ضامنا، ففی مثل هذه الصوره؛ فلو رجع المالک إلی من استقرّ الضمان فی یده، فعلی ما بیّنا من وجه رجوع السابق إلی اللاحق کون اللاحق ضامنا لما فی العهده السابقه، فلیس للید الآخره الّتی استقرّ الضمان علیها الرجوع إلی المتلف؛ لعدم کونه بضمانه الأوّل ضامنا له، بل هو ضامن لسابقه و صاحب المال، و بسبب الإتلاف لا یعقل أن یصیر ضامنا ثانیا، لکونه تحصیلا للحاصل بالنسبه إلی المالک.

و أمّا بالنسبه إلی من استقرّ الضمان فی یده فأیضا لا أثر له، بمعنی أنّه لا یصیر بذلک عهدته مشغوله باللاحقه؛ لأنّ المفروض أنّ الید اللاحقه أیضا ضامن للمتلف؛ لکون یده سابقا علیه، فالمتلف بإتلافه و إن صار ضامنا له إلّا أن الید اللاحقه و قد کانت ضامنا له لترتّب یده علی یده، فتتهاتر العهدتان و یتساقط الضمان من الطرفین، فلا حقّ لأحدهما علی الآخر، لما عرفت من کون کلّ منهما متعهّدا للخصوصیّه الّتی تکون علی الذمّه الاخری الّتی هی منشأ ضمانهما للمالک و کلّ منهما للآخر.

و لكنّك خبير بأنّ الإشكال إنّما نشأ من المغالطه فى تهاتر العهدتين، و جعل عهده كلّ من المتلف و من استقرّ عليه الضمان و اشتغال ذمّتهما بالنسبه إلى الآخر متساويا، مع أنّ الأمر ليس كذلك، ضروره أنّ الإتلاف بنفسه سبب للضمان، و يجعل العهده مشغوله، فالعهده لمن استقرّ عليه الضمان و إن كانت مشغوله لما اشتغلت به عهده المتلف، فتصير عهده المستقرّ عليه الضمان مشغوله بأداء خصوصيّتين: خصوصيّه نشأت من وضع يده على العين المغصوبه، و الاخرى من أخذه عن اليد السابقه الّذى صار ذلك منشأ لاشتغال ذمّته باليد السابقه.

و لكن لا ريب أنّ المتلف بإتلافه اشتغلت ذمّته بهاتين الخصوصيّتين أيضا، و إن لم تشتغل ذمّته ثانيا بذلك بالنسبه إلى المالك لكونه تحصيلا للحاصل، و لكن بالنسبه إلى من استقرّ عليه الضمان ليس كذلك؛ لأنّه بالنسبه إليه لم تكن ذمّه المتلف مسبوقه باشتغال ذمّته له، بل يصير الآن عهدته مشغوله به.

و أمّا التهاتر؛ إنّما يلزم إذا كانت العهدتان متساويتين فى الاشتغال، مع أنّ عهده من استقرّ عليه الضمان لم تكن مشغوله إلّا بخصوصيّتين، و المتلف بإتلافه يصير عهدته مشغوله بهاتين الخصوصيّتين، مضافا إلى اشتغال ذمّته الآن بخصوصيّه زائده عليهما بالنسبه إلى مجموع ما اشتغلت به ذمّه المستقرّ عليه الضمان.

و بالجمله؛ قاعده الإتلاف تكون كقاعده اليد، فكما أنّها تلاحظ بالنسبه إلى العين بجميع شئونها، كذلك تلاحظ الإتلاف بالنسبه إلى المال بجميع شئونه، فالالتزام بضمان المتلف و إن كان بالنسبه إلى العين تحصيلا للحاصل إلّا أنّه بالنسبه إلى مرتبه من المال الّذى اعتبر فى ذمّه من استقرّ عليه الضمان ليس تحصيلا للحاصل.

مثال ذلک: أنّه إذا کان المال فی ید المستقرّ علیه الضمان کان کجسم له ذراعان، ثمّ بإتلاف ذی الید السابقه صار بمنزله جسم یکون له ثلاثه أذرع، فلهذه الخصوصیّه الزائده الّتی نشأت من قبل الإتلاف و تعهّد المتلف ما استقرّ علیه ذمّه المستقرّ علیه الضمان، للمستقرّ علیه الضمان الرجوع علی المتلف، فتأمّل!

ثمّ إنّ جمله ما استفدنا من کلامه- دام ظلّه- إلی هنا من أوّل هذه المسأله و إن کان اعتبارات و تصوّرات یجوّز العقل وقوعها فی الخارج فقط، و ما قام برهان عقلیّ علیها، إلّا أنّه أشرنا فی طیّ الکلام إلی أنّه یکفی فی إثبات الأحکام الشرعیّه ما یستفاد من ظواهر أدلّتها ما لم یقم برهان عقلیّ علی استحاله ما یستفاد من الأدلّه، و لا ریب أنّ کلّ ما أفاده- دام ظلّه- یستفاد من قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلم:

«علی الید ما أخذت حتّی تؤدّی» (۱) لمن أمعن النظر فیه.

هکذا ینبغی أن یحرّر المقام حتّی تندفع به الإشکالات، لا کما أفاده شیخنا قدّس سرّه فی مکاسبه من اعتبار البدل لما أحدث علی عهده الآخذ (۲)، حتّی یرد علیه ما أورده المحشّون (۳) فراجع!

هذا کلّه؛ فیما لو کان الآخذ عالما بالغصبیّه، أمّا لو لم یکن کذلک، بل کان مغرورا و إن کان للمالک الرجوع إلیه؛ لظاهر قوله: «علی الید» و کذلک: «من أتلف مال الغیر» ... إلی آخره (۴)، و لکن لو أخذ المالک عنه البدل و الغرامه فله

۱- مستدرک الوسائل: ۱۷/ ۸۸ الحدیث ۲۰۸۱۹.

۲- لاحظ! المکاسب: ۳/ ۵۰۷.

۳- حاشیه المکاسب للسیّد کاظم الیزدی: ۱۷۷.

۴- جواهر الکلام: ۳۷/ ۶۰، انظر! القواعد الفقهیّه: ۲/ ۲۸.

الرجوع إلى الغارّ، فلا يتوهّم أنّ قاعده الغرور تمنع عن رجوع المالك إليه؛ لعدم التنافى بينهما، فتدبّر!

ضمان منافع الحرّ و عدمه

الأمر السادس: قال فى «الشرائع»: (و الحرّ لا يضمن بالغصب و لو كان صغيرا) (۱).

اعلم! أنّ فى هذه المسأله جهات من البحث:

الاولى: فى ضمان نفس الحرّ.

الثانيه: فى منافعه، و هى تتصوّر على وجوه؛ لأنّ الحرّ المأخوذ إمّا أن يكون صانعا أو غير صانع، ففى كلّ منهما إمّا أن يستوفى الآخذ منافعه أو لم يستوف.

ثمّ إنّ فى كلّ من الصور الأربع: إمّا أن يكون المأخوذ أجيرا، أو ليس كذلك.

أمّا الكلام فى غصب الحرّ نفسه فنقول: إنّ أخذ الحرّ و السلطنه عليه يكون على نحوين:

أحدهما: أن يأخذه و يحبسه بحيث لا يقصّر فى الإقامه بأداء وظائف بقائه و إمرار حياته شيئا، حتّى لو تلف لم يستند عرفا بالآخذ و الحابس؛ و لو بسبب حبسه فى مكان مظلم حتّى يستوحش فيموت لأجله، بل كان من هذه الجهه أيضا مأمونا، ففى مثل هذه الصوره؛ لو تلف الحرّ لم يكن الحابس ضامنا، سواء

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۳۶.

كان المحبوس صغيرا أم كبيرا مجنونا أو عاقلا، و لكن لا لعدم صدق معنى الغصبيّه على آخذه أو عدم صدق اليد عليه، لما حقّقنا من أنّ الغصبيّه لا يتوقّف صدقها إلّا على استيلاء اليد على الشى ء و هو صادق على حبس الحرّ و أخذه، فإنّ من كان له عبد فأعتقه، و لكن لم يخل سبيله بل حبسه، فالعرف لا يرى فرقا بين استيلائه السابق الّذى كان له عليه حين كونه عبدا و بين استيلائه عليه الآن بعد ما صار حرّا، و كذلك يصدق على فعله ذلك و حبسه الحرّ أنّه ذو يد عليه، و أنّه أخذه و استولى عليه، بل لأنّ مناط الضمان فى باب الغصب على ما بيّنا من كونه مساوقا لقاعده اليد أنّه لا يوجب أخذ شى ء و الاستيلاء عليه الضمان إلّا أن تصدق هذه القاعده عليه صدرا و ذيلا، و فى حبس الحرّ و الاستيلاء عليه و إن كان يصدق الأخذ إلّا أنّه يصدق ذيل القاعده و هو الأداء، فإنّه يتوقّف على أن يكون المأخوذ غير المأخوذ منه حتّى يؤدّى إليه.

و أمّا الكلام فى منافعه ففيما إذا لم يكن صانعا، و ما استوفى الآخذ منه شيئا، فالأمر فيه واضح، و يظهر حكمه ممّا قلنا فى عدم الضمان.

و ثانيهما: هو أن يأخذه و يستولى عليه و يحبسه فى محلّ مخطور من مسبعه أو غيرها بحيث يكون ذاك المحلّ غير مأمون عاده، أو يحبسه و يقصّر فى القيام بأداء وظائف المحبوس ممّا يتوقّف عليه حياته عاده، و هذا يختلف باختلاف الأشخاص صغرا و كبرا، قوّه و ضعفا أو غيرها.

و بالجمله؛ فلو لم يقم الحابس على أداء ما يتوقّف عليه تعيّش المحبوس و إمرار حياته، بحيث لو مات لم يستند عند العرف إلى موته حتف أنفه، فلا ريب فى كون الحابس فى هذه الصوره ضامنا للحرّ لو تلف، و يدخل فى باب القصاص و الديات، فتأمّل!

و أمّا الكلام فى ضـمان منافعه، و فيما إذا لم يكن الحرّ صاحب صـنعه، و ما اسـتوفى الحابس و الآخذ منه شيئا، فيظهر حكمه ممّا قلنا من عدم الضـمان بالنسبه إلى نفسه، و ليس سبب عدم الضمان أيضا بعدم صدق الأخذ و اليد بالنسبه إلى الحرّ حتّى يقال بأنّه إذا لا يصـدقان على أصـله فالمنافع تابعه له، لما عرفت من بطلان هـذا الكلام، بل المناط فى عدم الضـمان هو عدم صدق الأداء بالنسـبه إلى منـافعه أيضـا؛ لأنّ الأداء إنّما يتوقّف بأن يكون المؤدّى غير المؤدّى إليه، و لا يصـدق ذلك فى أداء منافع الشـخص بالنسبه إلى نفسه، مع أنّه سابقا أشرنا إلى أنّه لا تعتبر الماليّه لمنافع الحرّ، و إنّما سلطنته على نفسه حكم شرعى، و قدره محضه بلا اعتبار حكم وضعىّ يورث الضمان أصلا.

و أمّا فيما إذا اسـتوفى منه منافع، فالظاهر ضـمانه اجره منافعه المستوفاه منه، لأنّ عدم اعتبار الماليّه لمنافعها و عدم الضمان بالنسبه إليها تبعا لعـدم ضـمان نفسه إنّما كان ما لم تجئ المنافع فى عالم الوجود، و إلّا فبعد تحقّقها فى الخارج فكما يبذل بإزائها المال فكذلك يعتبر لها الماليّه، فيدخل فى باب الإتلاف مضافا إلى احترام عمل المسلم.

و أمّا لو كان المحبوس ذا صـنعه و لم يسـتوف الحابس منه شـيئا، فقد يتوهّم لكونه ذا صـنعه و قد منعه عن استيفائه من منافعه، و ليست منافعه كمن ليس ذا صنعه؛ لأنّه لا يفرض له منافع فعليّه، بل هو على قابليّته الصرفه لأن يوجد له المنافع، فيصير ذا مال باق، فمنـافع الحرّ الّـذى ليس صـاحب صـنعه فعلاـ هى قوّه محضه، و لـذلك لاـ يعتبر لمثلهـا عنـد العرف الماليّه، بخلاف الحرّ الّـذى صاحب صنعه بحيث لو خلّى سبيله لكان يستفيد من صنعته كلّ يوم مقدارا من المال،

و الحال أنّه منعه الحابس عن ذلک، فکأنّه أتلف منه مالا فعلیّا موجودا الآن فی الخارج.

هذا؛ و لکنّک خبیر بأنّ ذلک و هم باطل؛ ضروره؛ أنّ الإتلاف یتوقّف صدقه علی إعدام أمر موجود أو استیفاء الموجود، و منع الغیر عن استیفائه عن منافعه القابله لأن یوجد، إنّما هو منع إیجاد المعدوم، لا إعدام لأمر موجود حتّی یصدق الإتلاف، و إنّما یکون ذلک کمن کان له رأس مال فمنع صاحبه عن اکتسابه به بحبس أو غیره، بحیث لو خلّی سبیله لکان یستفید من رأس ماله هذا الّذی لیس إلّا مائه تومان فی کلّ سنه ألف تومان، فکما أنّ حبس مالکه و منعه من استفادته من رأس ماله لا یقال: إنّ الحابس و المانع أتلف من المحبوس شیئا، کذلک منع ذی الصنعه من استیفائه من صنعته إتلافا لشی ء.

و بالجمله؛ فلا إشکال فی عدم الضمان فی هذه الصوره أیضا؛ لعدم المقتضی له أصلا ممّا هو قابل لأن یصیر مقتضیا، و لذلک ذهب إلیه المشهور، بل کادت أن تکون المسأله إجماعیّه، و ما جعله بعض فی المقام مقتضیا للضمان- و قد نقله فی «الجواهر» (۱)- فلا یسمن و لا یغنی من جوع، فراجع!

ضمان منافع الأجیر

و أمّا فیما إذا حبس الأجیر و منعه عن استیفاء مستأجره عنه، و هذا یتصوّر علی أقسام، لأنّ زمان العمل إمّا محدود فیمنعه الحابس عن عمله فی زمان الإجاره، أو لا یکون له زمان معیّن، و فی کلّ منهما إمّا أن یکون المستأجر

۱- جواهر الکلام: ۳۷/ ۳۶.

الحابس نفسه، أو غيره.

أمّا فيما إذا كان زمان العمل معيّنا و حبسه الغاصب فى ذاک، بحيث لم يقدر الأجير أن يعمل فى الحبس، ففى هذه الصوره لمّا كان الامتناع نشأ من قبل الحابس، و المؤجر كان حاضرا للوفاء بعقد الإجاره و تسليم ما يؤجر له، فالظاهر أنّ الأجير يستحقّ الاجره، و إنّما ضمانها على الحابس، و ذلک لأنّ الأجير تملّک الاجره بعقد الإجاره و العقد بحاله باق، لأنّ المفروض أنّ المؤجر ما امتنع عن الوفاء حتّى ينفسخ العقد، فإذا استحقّ الاجره فيأخذها من مؤجره، فإن كان هو نفس الحابس فليس له شى ء؛ لأنّه بنفسه أقدم على منع نفسه عن استيفاء حقّه، و إن كان غيره فهو يرجع على الحابس.

فكيف كان؛ المؤجر يستحقّ الاجره لما يقتضيه عقد الإجاره، لا للإتلاف حتّى يقال بأنّه لم يتحقّق شى ء فى الخارج من العمل حتّى يصدق أنّ الحابس أتلفه، فتأمّل!

و أمّا فيما لم يكن للعمل زمان محدود، بل إنّما استأجره المستأجر لخياطه ثوب- مثلا- بلا أن يشترطه فى زمان خاصّ، ففيه لا إشكال أنّه بالحبس لا يستحقّ من الاجره شيئا؛ لعدم إيجاده العمل المؤجر له، و عدم انقضاء زمانه أيضا، و العقد ما وقع على العمل إلّا على نحو الإطلاق، فهو بعد قادر على تسليم العمل، و ما لم يسلّمه لا يستحقّ الاجره، و لا يتملّكه مستقرّا.

و بالجمله؛ فبالحبس لا تشتغل ذمّه الحابس بشى ء؛ لأنّ اشتغال ذمّته فرع استحقاق المؤجر شيئا، و المفروض أنّه ما لم يف بالعقد لم يستحقّ شيئا و فى الصوره السابقه إنّما كان ممنوعا عن الوفاء بالعقد، و لذلک كان يستحقّ الاجره،

و لا فرق فی ذلک أیضا بین أن یکون الحابس هو المستأجر أو غیره.

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذکرنا حکم ما لو حبسه فی الصوره السابقه مقدارا من الزمان، بحیث یتضیّق زمان العمل و یسقط عن العمل مقدار منه لا کلّه، ففیه تستحقّ من الاجره مقدار ما حبس بالنسبه إلی مجموع العمل لا کلّها، و أمّا استحقاقه بقیّتها فموقوف علی تسلیم العمل بمقدار ما بقی من الوقت و حرمان خیار التبعّض هنا و عدمه، فیستفاد حکمه من محلّه.

ضمان منافع الدابّه

و فی «الشرائع»: (و لا کذلک لو استأجر دابّه فحبسها بقدر الانتفاع) (۱).

بمعنی أنّه و لو کانت الدابّه استأجرت لعمل علی الإطلاق- أی فی غیر زمان معیّن- إلّا أنّه لو حبسها المستأجر بمقدار زمان العمل الّذی استؤجرت له فیضمن بذلک الحابس الاجره و مؤجرها یستحقّ الاجره، و إن لم یستوف المستأجر منها العمل، و لو کان زمان الإجاره مطلقا.

و الفرق بین ذلک و سابقه- أی فیما کان المؤجر حرّا- أنّه لمّا لم تکن الید الوارده علی الحرّ یدا مضمّنه فالحرّ بسبب حبسه- أی صیرورته محبوسا- قد عرفت أنّه لا یستحقّ شیئا، بخلاف المملوک، فإنّ الید الوارده علیه لمّا کانت مضمّنه لنفسه و کذلک لمنافعه تبعا له فعلی ذلک؛ فالحابس إذا کان یحبس الدابّه الّتی استأجرها لعمل فبسبب الحبس تشتغل ذمّته بمنافعها بمقدار زمان الحبس فیستحقّها صاحب الدابّه، فلو کان الحابس یستحقّ علی صاحبه بمقدار ما یتعلّق

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۳۶.

بـذمّته الاجره لحبسـها استيفاء المنافع منها فذمّه صاحب الدابّه مشـغوله بأداء تلك المنافع من دابّته، فتهاترت العهدتان تهاترا قهرا لو كان ما يستحقّ كلّ منهما على الآخر مساويا لما يستحقّه الآخر و إلّا فبالنسبه.

ضمان الخمر و عدمه

الأمر السابع: قال فی «الشرائع»: (و لا یضمن الخمر إذا غصبت من مسلم) (۱) .. إلی آخره.

اعلم! أنّ صور هذه المسأله أربعه، لأنّ الغاصب و المغصوب منه إمّا أن یکون کلاهما مسلما أو کلاهما کافرا، أو یکون الغاصب مسلما و المغصوب منه کافرا، أو بالعکس.

أمّا الصوره الاولی؛ فلا إشکال فی أنّه لا یستحقّ المغصوب منه شیئا، لأنّ استحقاقه شیئا من قیمه المغصوب منه أو مثله فرع لکون المغصوب منه ملکا و مالا له حتّی یصـدق بسـبب أخذه عنه «علی الید» (۲) فیشـتغل عهده الآخذ بما أخذ، کما عرفت، و بعد أنّ الشـارع قـد حرّم جمیع منـافع الخمر، بحیث لو کـان بقی له منافع تکون من قبیل النادر، فلا یبقی لها مالیّه لأن یری مالیّه الشـی ء باعتبار منافعه، فإذا لم یفرض للشـی ء منافع لسـلبها الشارع عنه، فلا یعتبر له مالیّه حتّی یترتّب علیها ما لها من الآثار، و هذا واضح لا ستره فیه.

مع أنّ المسأله إجماعیّه؛ إنّما الکلام فی الخمر المتّخذه للتخلیل، فظاهر

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۳۶.

۲- مستدرک الوسائل: ۱۷/ ۸۸ الحدیث ۲۰۸۱۹.

«الجواهر»- بل ادّعى الإجماع- أنّ غصبها أيضا لا يوجب الضمان (۱).

نقول: إنّ الخمر المتّخذه للتخليل و إن لم يكن لها الآن ماليّه إلّا أنّه باعتبار بقائها و صيرورتها خلًّا لا يبعد الدعوى بأنّ العرف لذلك يعتبر لها الماليّه، و لا يراها مثل ما ليست لذلك، بل إنّما أعدّت للخمريّه، بل لقابليّتها لأن ينتفع منها بعد فى زمان قريب يكون كاعتبار العرف الماليّه لمنافع العين الّتى لم توجد تتحقّق تلك المنافع بعد لمالك العين، و ليس ذلك إلّا لأنّه لمّا كانت العين قابله لأن تبقى و تصير صاحبه تلك المنافع فيرونها كأنّها الآن موجوده، فكذلك الخمر المتّخذه للتخليل و إن كانت مسلوبه المنافع الآن من جميع الجهات فعلا، إلّا أنّه لا ريب أنّه إذا كانت قريبه لأن تنقلب و تصير خلًّا مثل نصف الساعه مثلا، فالعرف يراها الآن باعتبار انقلابها، مالا و ذات منفعه، و أنّ حكم الشارع بحرمه جميع الانتفاعات عنها فعلا لا يوجب سلب ماليّته مطلقا، مع كونها كذلك، و إذا استكشفنا كون العرف مساعدا فى اعتبار الماليّه لها فى مثل هذا الحال- أى، فيما كان بين حال الخمريّه و انقلابها خلًّا زمان قليل- فيستكشف من ذلك اعتبار الماليّه للخمر المعدّه للتخليل، لأنّ الظاهر عدم خصوصيّه لذلك، بل المناط التهيّؤ و كونها مادّه قريبه قابله لأن تصير شيئا ينتفع به، فيصير لذلك مالا.

و بالجمله؛ فسلب الماليّه عن مطلق الخمر حتّى المتّخذه للخلّ مشكل جدّا؛ لعدم المقتضى له ظاهرا، فالحكم بعدم الضمان مطلقا بعيد.

نعم، لو تمّ الإجماع المدّعى فى المقام على عدمه- و إن لم يكن نظر المجمعين فى ما نحن فيه و كذلك فى البيع إلى ما يزعمون من عدم اعتبار الماليّه

۱- جواهر الكلام: ۳۷/ ۴۴.

لهـا، فلـذلک لاـ یجوز بیعها و لا یضـمن غاصـبها، بل کان إجماعا تعبّـدیّا لو تمّت دلاله روایه «تحف العقول» (۱) و سندها؛ یتمّ الحکم بعدم الضمان، و إلّا فالأولی الحکم بالضمان، کما لا یخفی، فتأمّل!

أمّـا فیما لو کان المغصوب منه ذمیّا و الغاصب مسلما، فهنا بحسب ما تقتضـیه القاعـده- لما عرفت- سلب المالیّه عن الخمر، بل یجب إراقتها (۲) و إن کان لا بـدّ و أن یحکم بعدم الضـمان، إلّا أنّ الظاهر أنّه لا خلاف فی ضـمان الغاصب فی هذه الصوره، و العلّه فی ذهـاب الأصـحاب فی المسـأله إلی خلاـف الأصـل هی مـا ذکروه فی باب الجهاد من اسـتفادتهم من آیه الجزیه المغیّی بقوله تعالی: حَتّٰی یُعْطُوا الْجِزْیَهَ عَنْ یَدٍ وَ هُمْ صٰاغِرُونَ (۳) بأنّ محاربه الکفّار و نهب أموالهم إنّما تجب ما دام کونهم محاربین، و بعد انعدام هذا العنوان عنهم بإعطائهم الجزیه و العمل بشـرائطها، فکما یحفظ بذلک دماؤهم و أموالهم کذلک یعامل معهم و دینهم [معامله] دین الحقّ، بمعنی أنّ کلّ ما یرونه من شـریعتهم و یرون أنّه من أحکامهم مثل أنّهم یسـتحلّون الانتفاع من الخمر- مثلا- و لذلک یکون لها عندهم المالیّه، نحن ملتزمون بأن نعامل معهم بالنسـبه إلی أنفسـهم فی ذلک کلّه کما یعاملون أنفسـهم فیما بینهم، فیترتّب علی ذلک الالتزام بالأحکام الوضعیّه علی حسب أحکامهم.

و مرجع ذلک یکون إلی أنّ الشارع نزّل أحکامهم الباطله منزله الأحکام

۱- تحف العقول: ۳۳۱، وسائل الشیعه: ۱۷/ ۸۳ الحدیث ۲۲۰۴۷.

۲- و لأنّهم معـاقبون علی الفروع کمـا یعاقبون علی الأصول، فالاشتراک فی الأحکام التکلیفیّه یقتضـی الاشتراک فی الوضـعیّه، سواء کانت مستتبعه أم لم تکن کذلک، فتدبّر! «منه رحمه اللّه».

۳- التوبه (۹): ۲۹.

الحقّه فی الجمله بالنسبه إلی بعض الامور الدنیویّه؛ لما تقتضیه السیاسه الشرعیّه، فلذلک لو غصب المسلم خمرا من الذمّی و کذلک الخنزیر فهو ضامن.

إنّما الکلام فی أنّ جریان قاعده الید فی المسأله المترتّبه علی هذا التنزیل أیّ مقدار یقتضی من ضمان المثل أو القیمه؟ لأنّ الخمر مثلیّ و ضمان المثلی لا ینقلب إلی القیمه إلّا بعد العجز عن أداء المثل، فالقاعده تقتضی الحکم بضمان المثل.

و لکن یشکل الالتزام بذلک من جهه اخری، و هی أنّ العهده تشتغل بما له مالیّه، و المفروض أن الخمر لا مالیّه لها بالنسبه إلی المسلم.

و بعباره اخری: أنّه قد بیّنا أنّه عند وضع الید علی مال الغیر اعتبر الشارع لهذا المال وجودا اعتباریّا علی ید الغاصب، بحسب أنّ هذا الوجود الاعتباری علی یده باق حتّی یردّ المال بنفسه إلی صاحبه أو مرتبه منه عند تلفه، و یکون لهذا الوجود الاعتباری إضافه ملکیّه إلی الغاصب، و إضافه اخری إلی المالک، فلو ردّ عین ماله إلیه لیس له حقّ بعده بالنسبه [إلی] ذاک الوجود الاعتباری، و لذلک نقول: إنّ لهذا الوجود من أوّل؛ إضافه ملکیّه إلی الغاصب، و بعد أن عرفت أنّه لا اعتبار ملکیّه و لا مالیّه للخمر بالنسبه إلی المسلم، فکیف یعقل أن یعتبر علی یده وجودا اعتباریّا له فیشتغل به ذمّته؟!

فالّذی یسهّل الخطب؛ هو أنّه لا بدّ أن یلاحظ ذاک الدلیل للتنزیل من أنّه أیّ مقدار یقتضی؟ فإذا نزّلت الخمر الّتی لا مالیّه لها منزله المال لاعتبار المالیّه لها عند الکفّار؛ بل التنزیل یقتضی اعتبار جمیع خصوصیّات المالیّه لها حتّی لو غصبها المسلم یشتغل ذمّته بمثلها، أم لیس یقتضی ذلک؟ و لا إشکال أنّه لا

إطلاق و لا عموم لدليل التنزيل حتّى يقتضى ذلك، بل استفاده الأصحاب من الآيه المباركه و غيرها فى الجمله (۱).

و لمّا يكون الحكم على ما عرفت مخالفا للقاعده؛ لأنّ ما ثبت من أصل الشريعه أنّه لا ماليّه للخمر خرجنا عن الأصل لقيام الدليل الخاصّ على اعتبار الماليّه لها بالنسبه إلى الذمّى، فلا بدّ أن [يكون] بالقدر المتيقّن من الدليل و القدر المتيقّن فى المقام هو القيمه.

بمعنى أن يبنى أنّ القدر المتيقّن ممّا اعتبر من الوجود للخمر المغصوبه على اليد اعتبار وجود القيمه لها، و لا ينافى ذلك ما بنينا عليه، من أنّ ما يجى ء على اليد حين وضعها على مال الغير هو نفس العين، فاعتبر الشارع وجودها بنفسها على اليد، لأنّك عرفت أنّ للعين اعتبرت مراتب من الوجود، فإذا امتنع اعتبار وجود نفسها على اليد لما ظهر من اقتضاء الأصل و الدليل الخاصّ أيضا ما اقتضى إلّا اعتبار مرتبه ضعيفه منها، و هى القيمه، فلا محيص عن الالتزام بضمان قيمه الخمر المغصوبه من الذمىّ لا مثلها، فيجب ردّ عينها إليه ما دامت باقيه،- لعدم انقطاع سلطنته عنها- و (۲) قيمتها إن كانت تالفه، فتأمّل!

و قد ظهر من هذه الصوره حكم ما لو كان الغاصب و المغصوب منه ذمّيين و تحاكما عندنا.

و أمّا الصوره الرابعه؛ و هو ما لو كان المغصوب منه مسلما و الغاصب ذمّيا و إن كان- دام ظلّه- أجرى دليلا فيها أيضا، بمعنى أنّه أفاد- دام ظلّه- بأنّ الذمّى

۱- لاحظ! جواهر الكلام: ۳۷/ ۴۴- ۴۵.

۲- كذا، و الأصحّ: أو.

لمّا غصب من المسلم ما هو مال عنده، و الشارع أيضا أمضى و اعتبر ماليّته و نزّل الخمر عندهم منزله المال، فلذلک يلزم بضمانه للمسلم لأخذه منه ما يعتقده مالا له، فيجرى عليه قاعده اليد، إلّا أنّه لا إشكال هنا فى ضمانه القيمه دون المثل.

و الأمر فى هذه الصوره أوضح من الثانيه من هذه الجهه، لأنّ ارتفاع ضمان الغاصب إنّما يكون بأداء ما غصب إلى المالک و قبضه إيّاه دون التخليه فقط، كما أشرنا سابقا، و المفروض أنّ الخمر لا تصير مقبوضا للمسلم و لا تجى ء تحت يده، و لا تتعلّق بها سلطنته لعدم كونها مالا بالنسبه إليه.

أقول: و لا يخلو ما أفاده- مدّ ظلّه- من النظر الواضح، لأنّه مضافا إلى كون ما أفاده مخالفا للإجماع، لأنّه لا خلاف ظاهرا فى عدم تعلّق الضمان بالخمر مطلقا إذا كان المغصوب منه مسلما، أنّ التنزيل إنّما يفيد فى اعتبار الماليّه بالنسبه إلى المغصوب منه لا الغاصب، بمعنى أنّ تنزيل ما ليس بمال للمسلم مالا للذّمى كيف يثمر بالنسبه إلى المسلم الّذى هو المأخوذ منه؟ و التنزيل عند الغاصب أىّ ربط له بالمغصوب منه؟ و الموجب للضمان إنّما يكون إذا كان المغصوب مالا حقيقيّا له، أو تنزيليّا عنده، كما لا يخفى، و يؤيّد ذلک ما أفاده أخيرا من عدم صحّه قبض الخمر لو كان القابض مسلما، فافهم!

المباشره و التسبيب

اشاره

الجهه الثانيه من البحث: فى سائر موجبات الضمان سوى اليد و عنوان الغصبيّه.

الأوّل منها: مباشره الإتلاف، و إن لم يكن المتلف تحت اليد.

الثانی: التسبیب، و الکلام فیه یتوقّف علی تمهید مقدّمه، و هی: أنّه لا إشکال فی أنّه ما وقع عنوان السبب أو المباشر فی حدیث و لا ـ نصّ من أخبار الباب، و کذلک ما ورد نصّ خاصّ یدلّ علی القاعده المعروفه، و هی: «من أتلف مال الغیر فهو له ضامن» (۱) بمعنی أن یکون متکفّلا ـ لذکر القاعده بألفاظها، بل أشرنا سابقا بأنّ هذه إنّما وقعت فی معاقد الإجماعات و استفادها الأصحاب من الموارد الخاصّه الوارده فیها النصوص الّتی تستخرج منها بالمناط القطعی هذه القاعده؛ و إن کان قد یصدق عنوان الإتلاف فی بعض الموارد لمساعده العرف، و إن لم ینطبق علی ما ورد فیه النصّ، کما سنشیر إلیه.

و کیف کان؛ لیس الإتلاف موضوعا شرعیّا و عنوانا معتبرا به فی لسان الشریعه، حتّی نبحث عن معناه، لکونه من العرف الخاصّ، و کذلک لیس للفظ السبب أیضا معنی اصطلاحیّا شرعیّا حتّی ندور مداره، و أنّ ما ورد فی لسان الأخبار عناوین خاصّه أو عامّه قد تنطبق علی هذه العناوین اللغویّه و العرفیّه، و قد لا تنطبق، فإنّ ما ورد فی الأخبار الّتی ذکرها فی «الجواهر» عند تنقیح هذا البحث (۲) هو أنّ:

منها؛ قوله علیه السّلام: «من أضرّ بطریق المسلمین فهو له ضامن» (۳).

و منها؛ صحیح الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السّلام قال: «قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلم من أخرج میزابا أو کنیفا، أو أوتد وتدا، أو أوثق دابّه، أو حفر شیئا فی طریق

۱- جواهر الکلام: ۳۷/ ۶۰، انظر! القواعد الفقهیّه: ۲/ ۲۸.

۲- جواهر الکلام: ۳۷/ ۴۶.

۳- وسائل الشیعه: ۲۹/ ۲۴۱ الحدیث ۳۵۵۴۰.

المسلمین فأصاب شیئا فعطب، فهو له ضامن» (۱).

و منها؛ لسانها کذلک: «من حفر بئرا فی غیر ملکه کان علیه الضمان» (۲).

ضروره؛ أنّ «من حفر بئرا فی غیر ملکه» مثل برّ أو فلاه لم یتوقّع مرور أحد فیهما، بحیث کان اتّفاق عبور أحد فیهما خلاف العاده، فاتّفق أنّه مرّ أحد منها فوقع فیه فهلک، فإنّه لا إشکال ظاهرا فی عدم صدق نسبه الإتلاف إلی الحافر عرفا، فلا یرونه فی مثله ضامنا، کما أنّ من حفر بئرا فی ملکه الّذی اعتاد العبور علیه، و لو کان داره فمرّ أحد فوقع فیه، أو لم یکن المعمول العبور علیه و لکن اذن أحد بالدخول فی داره بحیث لا یصدق عنوان الغرور، بل جعل اختیار الورود بیده، أو کان معمولا دخول غنم جاره فی داره لو کان بابها مفتوحه و لم یکن راعیه معه فدخل المأذون فی الدار، أو الغنم فیها کذلک مع مسامحته فی سدّ بابه فوقعا فی البئر، فإنّه یصدق عرفا فی هذه الصوره أنّ صاحب الدار الحافر أتلفهما.

مع أنّه لا ینطبق علیه ما وقع فی الحدیث من کون الضمان معلّقا علی حفر البئر فی ملک الغیر، و قد یتصادق الإتلاف عرفا مع ما یستفاد من الأخبار من التحدید مثل ما لو حفر بئرا فی غیر ملکه مع کونه من الطرق المعتاده العبور علیه، فوقع فیه أحد من العابرین (۳)، و غیر ذلک من الموارد الّتی قد یجتمعان و قد یختلفان.

فمن ذلک؛ ظهر أنّ النسبه بین ما یراه العرف تلفا و المعنی الّذی یکون ملاکا لاستناد التلف عند العقلاء، و [بین] ما یستفاد من التحدید من الأخبار، عموما

۱- وسائل الشیعه: ۲۹/ ۲۴۵ الحدیث ۳۵۵۴۷.

۲- وسائل الشیعه: ۲۹/ ۲۴۱ الحدیث ۳۵۵۳۹.

۳- وسائل الشیعه: ۲۹/ ۲۴۱ الباب ۸ من أبواب موجبات الضمان.

من وجه لو أبقيناهما على ظهورهما، فيقع التعارض بين الجمود على ظواهر الأخبار- مع أنّ جمله منها ظاهره فى كون المحدث فى غير الملك قابلا لصحّه استناد التلف إلى المحدث- و الأخذ بها (۱) و [بين] ما يراه العرف و العقلاء ملاكا لصحّه استناد التلف، و لو كان الموجب له فى ملك نفسه بحيث لا يصدق المباشره.

فيدور الأمر بين حمل ما يظهر من بعض الأخبار من بيان الحدّ على التنظير و التمثيل، و تعيين المصداق العرفى مقدّمه لبيان الحكم لا للتحديد، أو حملها على تعيين الضابط و ردع العقلاء عمّا هو ملاك صدق الإتلاف عندهم.

و لا إشكال فى أنّه لمّا كان الإتلاف معنى عرفيّا و موضوعا عقليّا لا ربط له بالشارع، و لا مدخليّه لتصرّفه فيه، لكونه مفهوما ارتكازيّا، فلا بدّ من حمل الأخبار الظاهره فى خلاف المعنى الارتكازى، مثل ما يستفاد منها كون ملاك الضمان فى حفر البئر هو أن يكون البئر فى غير الملك، على ما لو كان ذلك موجبا لصحّه استناد التلف إلى الحافر و لو كان المباشر غيره، إلّا أنّه يقع بحيث يرى اختيار المباشر الّذى هو سبب قريب تحت اختيار السبب البعيد و هو الحافر، لا ما إذا لم يكن كذلك مثل ما مثّلنا به من حفر البئر فى برّ غير معتاد العبور منه أصلا، أو كان فى طريق المسلمين، و لكن كان ذلك لأن ينتفعوا به، بمعنى أنّ الحفر يرجع إلى مصالحهم، مع عدم تقصير الحافر فى ما هو من لوازم إيجاد البئر فى الطريق بحيث يكون الناس مأمونين عن الوقوع فيه، و غير ذلك من الموارد الّتى لا ينطبق عليها المعنى الارتكازى العرفى للإتلاف، بحيث يصحّ الاستناد إلى محدث البئر.

۱- مرّ آنفا.

فانقدح بما ذكرنا؛ أنّ الإتلاف معنى عرفىّ ليس فيه اصطلاح؛ صدقه متوقّف على نظر العرف، و صحّه الاستناد عند أهله و مصاديقه مختلفه، فقد يصحّ الاستناد بإيجاد شرطه، و قد يستند بإيجاد سببه، كما أنّه يصحّ الاستناد بمباشره الإتلاف، فهذه كلّها مصاديق للإتلاف يتوقّف صدق النسبه بها على مساعده العرف بلا أن يكون لأحدهما اصطلاح شرعىّ حتّى يكون لها موضوعيّه، فيبحث عنها لاستكشاف المعنى الاصطلاحى لها، كما لا يخفى، بل إنّما الباحث عنها إنّما يبحث لتعيين مصداق الإتلاف و تحديده عرفا.

فمن ذلك كلّه؛ ظهر النظر فى ما فى كلام صاحب «الجواهر» قدّس سرّه فى المقام (۱)، حيث اعترض على الأصحاب لتعرّضهم فى تعيين معنى السبب بأنّه لا فائده فى هذا التعرّض؛ لعدم ورود هذا اللفظ فى النصّ، و لا ثمره فى تحديد الضابط به، بل الضابط إنّما هو يستفاد من الأخبار.

وجه النظر؛ أنّه قد عرفت أنّه ليس تعرّض الأصحاب لتحديد السبب بلحاظ معناه الشرعى و التزامهم بموضوعيّته، بل لأنّه كما أنّه لم يرد به نصّ، كذلك لم يقع لفظ المباشر و التلف أيضا فى نصّ، و لما رأوا إنّما هو ملاك للضمان فى كلمات السلف و معاقد الإجماعات ليس إلّا عنوان التلف، و لا ينطبق على معناه العرفى ما يستفاد من ملاك الضمان من ظواهر بعض الأخبار (۲)، مع عدم كون هذه الأخبار صريحه فى تحديد ضابط الضمان مختصّا بما لهجت به، فبمقدّمات عدم الردع استفادوا كون الملاك عنوان الإتلاف و ما استقرّ عليه بناء

۱- جواهر الكلام: ۳۷/ ۵۰.

۲- لاحظ! وسائل الشيعه: ۲۹/ ۲۴۱ الباب ۸ و ۹ من أبواب الضمان.

العقلاء من المعنى لهذا العنوان، فتعرّضوا لتعيين مصاديقه الّتى منها عنوان السبب، فتأمّل!

ثمّ إنّ الظاهر؛ أنّ مرادهم من السبب هو معناه الاصطلاحى، أى ما يلزم من وجوده الوجود و من عدمه العدم، و ضابطه الكلّى لهذا المعنى أنّ سبب الإتلاف هو ما ينتهى إليه موجب التلف، بمعنى أن يكون هو مستندا إلى اختياره بحيث و لو كان للغير دخلا فى التلف، إلّا أنّ اختياره يكون تحت اختياره، بأن يفعل عملا يستند التلف إلى عمله عاده، كأن يحدث بئرا فى طريق معتاد من غير أن [يكون العابرون محفوظين عن الوقوع فيه] أو بالوعه من غير أن تجعلها بحيث يكون العابرون محفوظين عن الوقوع فيها، و غير ذلك من الموارد الّتى لو وقع تلف يكون المحدث موجبا له عاده (۱).

إذا عرفت ذلك؛ فهنا فروع لا بدّ من أن نتعرّضها. الأوّل: ذكر فى «الجواهر» أنّ إحداث البئر فى غير الملك مطلقا- سواء كان عدوانا محضا أو يكون فيه صلاح للمسلمين- هل يوجب الضمان لو وقع به تلف، أم لا؟ و نقل فيه التفصيل عن بعض بين ما كان صلاحا للمسلمين و أحدث فى طريقهم، و ما لم يكن كذلك (۲).

و الّذى هو بنفسه قوّاه هو الضمان، بناء على مسلكه قدّس سرّه من الجمود على ظاهر النصّ، لكونه محدثا فى ملك الغير، أو لكونه مضرّا بطريق المسلمين، بناء

۱- و من المعلوم؛ أنّه لا يتوقّف فى ذلك قصد وقوع التلف، بل تمام المناط انتهاء الأمر إلى الشخص عاده، «منه رحمه اللّه».
۲- جواهر الكلام: ۳۷/ ۵۲ و ۵۳.

على كون المراد به أحدث شيئا بسببه أضرّ المسلمين، فتأمّل!

و بالجمله؛ فقد استظهر الضمان مطلقا فيه و في الملك المشترك في الجمله.

و لكن الّذي ينبغي أن يقال: هو التفصيل، كما أفاده (استحسنه) المحقّق و أفتى به جماعه من الأعاظم غيرهم- قدّس سرّهم- (۱)، لأنّه إذا أحدث البئر لمصلحه المسلمين في طريقهم مع عدم تقصيره في شي ء ممّا يوقع الناس في الهلكه فاتّفق على خلاف العاده أنّه وقع فيه أحد فتلف، فبمقتضى قوله تعالى:

مٰا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (۲) عدم ضمانه؛ لعدم كون عمله ذلك مشتملا على عدوان و تعدّ أصلا، بل هو محسن فيه فقط بلا أن يكون تصرّفه ظلما على أحد، فهو إحسان محض، فلا موجب للضمان، بخلاف ما لو أحدثه فيه لصلاح نفسه، أو أحدثه لا لذلك و لكن قصّر في الأداء بوظائفه من طمّ فم البئر و غيره، فإنّه لمّا لم يكن عمله ذلك مشتملا على الإحسان فليس شي ء يمنع عن الضمان، حسب ما يقتضيه أصل هذا العمل.

و من ذلك ظهر؛ أنّ إحداث البئر في ملكه لا يوجب الضمان لو وقع فيه أحد كان داخلا فيه بغير إذنه، فإنّه يكون بمنزله إحداث البئر في طريق المسلمين و إحاطته بحائط فصعد عليه أحد فوقع فيه، فإنّ الحافر ليس ضامنا؛ لعدم كون التلف مستندا إليه عاده، و كذلك دار الشخص و ملكه لمّا كان تسلّط عليه و عدم جواز دخول أحد فيه بغير إذنه فيه بمنزله ذلك الحائط المحيط بالبئر الواقع، فمن دخل فيه بغير إذنه فوقع في البئر فيكون كمن ألقى نفسه في البئر بلا توجّه ضمان

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۳۷، جواهر الكلام: ۳۷/ ۵۳.

۲- التوبه (۹): ۹۱.

على الغير و لو كـان الغير سـببا، و لكن لمّـا كانت جهه السـببيّه فى مثل هـذه الصوره ملغاه فى نظر العرف و لـذلك يكون التلف مستندا إلى المباشر نفسه.

و بالجمله؛ فلمّا بنينا على كون المراد من السـبب فى المقام هو بمعناه الاصـطلاحى من كون المناط (۱) فى استناد الضمان صحّه نسـبه الإتلاف إلى السـبب، بـأن يكون بحيث يلزم من وجوده الوجود و من عـدمه العـدم، و لكن لاـ بالنسـبه إلى مادّه التلف بل بالنسـبه إلى هيئه الإتلاف، بمعنى أنّه و لو كان يصـحّ اسـتناد المادّه إلى غيره كما إذا قـدّم أحـد طعاما مسـموما إلى غيره و أمره بأكله مع كون الآكل جاهلا به رأسا، فإنّه و إن لم يكن التلف مسـتندا إلى الآمر إلّا أنّه لا إشكال فى أنّ الإتلاف مستند إليه، ففى الصوره المذكوره لمّا كان الإتلاف أيضا مسـتندا إلى الداخل بغير إذن المالك فيصير من المقامات الّتى يكون المباشر أقوى من السبب هذا.

تقديم المباشر على السبب و بالعكس

الفرع الثانى: قال فى «الشرائع»: (لكن إذا اجتمع السبب و المباشر قدّم المباشر فى الضمان على ذى السبب) (۲) .. إلى آخره.

اعلم! أنّ هنا صورا أربعا نتعرّضها،

۱- فالمناط فى صدق النسـبه و صـحّته هو أن يصحّ اسـتناد هيئه الإتلاف به بالسبب، و إن كان بالنسبه إلى المادّه، و هى و التلف شرطا أو مقتضـيا كحفر البئر فى الطريق المعموره عدوانا، فإنّ الحفر لا يلزم من وجوده الوقوع فى البئر، و من عدمه عدمه، بل هو شرط أو مقتض بالنسـبه إلى التلف، و لكنّه بالنسبه إلى الإتلاف عرفا يكون يلزم من وجوده الوجود و من عدمه العدم «منه رحمه اللّه».

۲- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۳۷.

الأوّل: هو أن یکون المباشر مقدّما علی السبب، کما إذا حفر أحد بئرا فی غیر ملکه عدوانا فألقی آخر أحدا فیه، فإنّه لمّا یکون التلف، و کذلک الإتلاف مستندا إلی الملقی، و إن کان الحفر شرطا بالنسبه إلی التلف، مع ذلک یکون الملقی لقوّته ضامنا، لما عرفت من أنّ الشرط و المقتضی لا یؤثّران بالنسبه إلی الضمان، بل هو تابع لصدق عنوان الإتلاف المتحقّق بالمباشره أو التسبیب بلا أن یکون لهما موضوعیّه، و قد أوضحنا مناط صدق التسبیب، و من المعلوم أنّه بمعناه فی الصوره المفروضه لقوّه المباشر لا یصدق، فلا مقتضی لضمان غیر المباشر استقلالا و لا اشتراکا.

و من ذلک؛ ظهر النظر فی ما مال إلیه فی المقام صاحب «الریاض» قدّس سرّه خلافا للمشهور، فإنّه قدّس سرّه لمّا زعم کون التسبیب عنوانا مستقلّا فی عرض عنوان الإتلاف فمال هنا إلی اشتراک الحافر و الملقی فی الضمان (۱)، و قد عرفت ضعف ذلک بما لا مزید علیه، بل قد ظهر من ذلک أیضا حکم ما لو صدق علی فعله- أی المسبّب- الإعانه، ففیه أیضا یکون المباشر هو الضامن؛ لأنّ الإعانه مثل نصب السکّین و نحوه لا یخرج عن کونه مقتضیا أو شرطا (۲) و قد قلنا: إنّه لا مدخلیّه لهما فی الضمان.

و بالجمله؛ فما لم یصدق عنوان الإتلاف استقلالا أو اشتراکا فلا یوجب الضمان، فعلی فعل المعین إن صدق الاشتراک فیصیر شریکا فی الضمان، و إلّا

۱- ریاض المسائل: ۸/ ۳۳۵.

۲- بعد صدق الإتلاف علی المباشر، «منه رحمه اللّه».

فلا، فانقدح أنّه لا وجه لتأمّل صاحب «الجواهر» فی المقام (۱)، فتأمّل!

الثانیه: هی ما یقدّم السبب فی الضمان، کمن حفر بئرا فی طریق المسلمین فوقع فیه أحد من العابرین فعطب، فهنا و إن کان مباشر التلف نفس العابر؛ لاستناد مادّه التلف إلی حرکته باختیاره، و لکنّ اختیاره هذا بالنسبه إلی الإتلاف کلا اختیار فی جنب اختیار الحافر؛ لانطباق ما هو مناط السببیّه علی فعله ذلک، و عدم تأثیر لحرکه المباشر بالنسبه إلی الإتلاف، بل هو مستند عند العرف علی الحافر، مع کون ذلک من مصادیق ما یستفاد من أخبار الضمان.

اجتماع السببین

الثالثه: هی ما لو اجتمع السببان، کما إذا حفر أحد بئرا و وضع آخر عنده حجرا فعثر به إنسان فوقع فی البئر فهلک، بحیث یکون الهلاک مستندا إلیهما، و یکون کلّ منهما دخیلا فی التأثیر، بمعنی أنّه لو لم یکن المعثر لما کان یقع أحد فی البئر، و کذلک لو لم یکن البئر فالمعثر لا یوجب الهلاک.

فقد اشکل الأمر فی هذه الصوره، و کذلک الصوره الآتیه فی صدق الاستناد، و صحّته بهما جمیعا، أو بالسابق فی التأثیر، أو بالسابق زمانا، و نشیر أوّلا إلی توضیح عباره وقعت فی المقام من «المسالک» و «التذکره» ثمّ نذکر ما هو التحقیق من الحکم فی المسأله.

قال فی «المسالک»: (فإن اتّفقا فی وقت واحد اشترکا فی الضمان لعدم

۱- جواهر الکلام: ۳۷/ ۵۵.

الترجیح، و إن تعاقبا فالضـمان علی المتقدّم فی التأثیر لاستقلاله أوّلا) (۱) .. إلی آخره (۲). و قریب [من] ذلک عباره «التذکره» (۳).

نقول: إن کان مرادهما من «اتّفقا» هو اتّفاق حدوث السببین زمانا، بأن یکون حفر البئر مع وضع الحجر فی زمان واحد، فأیّ معنی لقولهما فی صوره التعاقب: کون الضمان علی المتقدّم فی التأثیر؟ ضروره أنّه کما یکون أحدهما فی صوره التعاقب فی الإحداث متقـدّما فی التـأثیر، کـذلک یکون فی صوره الاتّفاق فی الحـدوث، إذ لا ملازمه بین اتّفاق زمان إحـداث السـببین و اتّفاقهما فی التأثیر کما لا یخفی، و إن کان مرادهما- قدّس سرّهما- من «الاتّفاق»، اتّفاقهما فی التأثیر، فلا معنی لتقابل العباره بقولهما: (و إن تعاقبـا) .. إلی آخره، إذ قـد عرفت أنّه کما یمکن أن یترتّبا فی التأثیر عنـد التعاقب فی الحـدوث کـذلک أمکن عنـد اتّفاق زمان الحدوث الترتیب أیضا.

و بـالجمله؛ إن کـان المنـاط فی الاختصـاص بالضـمان عنـد اجتمـاع السـببین هـو الأسـبقیّه مـن حیـث الزمـان فلاـ مجـال للقـول بالاختصـاص فی صوره التعاقب المتقـدّم فی التأثیر، و إن کان المناط هو الأسـبقیّه فی التأثیر فلا مجال لإطلاق القول باشتراکهما فی الضمان عند اتّفاق السببین من حیث زمان حدوثهما.

أقول: الظاهر أنّه استشکل- دام ظلّه- (۴) علی العباره هکذا، و لکن الظاهر أنّ مرادهما من «اتّفقا» هو اتّفاق السببین فی التأثیر بلا أن یکون أحدهما مقدّما

۱- فی المصدر: لاشتغاله بالضمان.

۲- مسالک الإفهام: ۱۲/ ۱۶۴.

۳- تذکره الفقهاء: ۲/ ۳۷۴ ط. ق.

۴- الظاهر أنّ استشکاله فی العباره هو ما ذکرنا. «منه رحمه اللّه».

على الآخر، و لذلك حكما باشتراكهما فى الضمان، و من التعاقب أيضا التعاقب فى التأثير، و لذا أشرنا باختصاص الضمان بالمتقدّم تأثيرا، و الشاهد على ذلك هو استدلالهما بعد ذلك بما يؤيّد ما ذكرنا.

و عليه؛ لا إشكال فى العباره و إن لم يخل أصل ما فرضنا من إشكال، و كأنّه يستظهر من هذه العباره فى ذيل ما نقلنا و هو قوله: (فالضمان على المتقدّم فى التأثير) كون المراد من الاتّفاق و التعاقب فى كلامهما إنّما هما من حيث الزمان، فيستشكل عليهما، فتأمّل!

و أمّا حكم أصل المسأله؛ فقد يحتمل أن يكون الضمان على مسبّب السبب الأوّل، و هو واضع الحجر فى المثال، لأنّه و إن كان الوقوع فى البئر أيضا سببا للهلاك فموجد البئر أيضا دخيل فى الوقوع و الهلكه، إلّا أنّه لمّا كانت السببيّه الثانيه مستنده إلى الاولى، بحيث لو لم يكن الحجر الموجب للعثور لما يتحقّق الوقوع فى البئر الموجب للعطب، ففى الحقيقه التلف مستند إلى السبب الأوّل فهو ضامن.

و قد يحتمل ضعيفا أن يكون الضمان على السبب الثانى- الّذى هو البئر فى المثال- لأنّ العثور و إن أوجب الوقوع فى البئر إلّا أنّه لمّا كان منشأ التلف هو الحركه المتحقّقه من أوّل العثور إلى الوقوع تحت البئر، و الهلكه إنّما تقع حين الوقوع فى البئر و القرار فيه، فهو الجزء الأخير للعلّه التامّه، و من المعلوم أنّ الشى ء يستند إلى الجزء الأخير من علّته، ففى الحقيقه البئر أوجب العطب، و لذلك يستقرّ الضمان على حافره.

و لكنّ التحقيق؛ يقتضى الاشتراک فى الضمان، ضروره أنّه بعد أن عرفت

كيفيّه تأثير كلّ من السببين فى التلف، بمعنى أنّه لو لم يكن الحجر موضوعا لم يتحقّق الوقوع، و كذلك لو لم يكن البئر لم يكن العثور موجبا للعطب فيصير كلّ من أجزاء العلّه من قبيل المعدّات، و لا- شبهه أنّه فى المعدّات يكون المعلول المترتّب عليها مستندا بالجامع بينها، و لا يلاحظ تقدّم وجود بعضها خارجا حتّى يستند لتقدّمها كذلك إليها المعلول، و كذلك بالنسبه إلى الأخيره.

ففى المقام؛ لمّا كان فى الحقيقه سبب الوقوع فى البئر، و كذلك العثور هو حركه العابر و سيره من الجانب الّذى هما واقعان فيه، فالسبب الحقيقى للتلف هو نفس الحركه المتحقّقه من حين ابتداء العثور إلى الوقوع فى البئر المستنده هذه الحركه إلى اختيار العابر، إلّا أنّه لمّا كان مطلق الحركه لا يوجب الهلكه، بل إنّما الموجب لها هو الحركه الخاصّه المكتيفه بكيفيّه الوقوع فى البئر، و الموجب لصيروره الحركه المطلقه هذه الحركه الخاصّه المتلفه هو كون الحجر فى طريقه و هكذا البئر، فالحجر الموجب للعثور و البئر المحفور هما شرطان بالنسبه إلى التلف و مقتضيان لتحقّق هذه الحركه، و لا ترجيح لأحد الشرطين على الآخر، بل هما متساويان فى التأثير، فيكون الجامع بينهما هو شرطا و مقتضيا، فسببيّه السبب مستنده إلى هذا الجامع و لذلك يسمّى الشرطان بالسبب، فتصير نتيجه ذلك هو اشتراك الحافر و واضع الحجر فى الضمان، لما اتّضح من تساوى العثور و الوقوع فى صدق تسببيّه الإتلاف بهما.

ثمّ إنّه؛ بعد أن انقدح ممّا ذكرنا اشتراك السببين فى الضمان- كما قوّاه صاحب «الجواهر» قدّس سرّه (۱) أيضا- فلا بدّ من البحث فى كيفيّه الاشتراك، هل يكون

۱- جواهر الكلام: ۳۷/ ۵۶.

کلّ منهما ضامنا للتالف مستقلا، أو یشترکان فی تضمّنهما بشی ء واحد شخصیّا (۱) أم بدلا کلیّا للتالف؟

و الأقوی الأخیر؛ لعدم مقتض لغیره، أمّا استقلالهما فی الضمان فلأنّه تابع للاستقلال فی الإتلاف، و قد عرفت أنّهما محدثان للجامع بین مقتضی السببیّه، فالجامع هاهنا یکون سببا بعد عدم تعقّل استقلالهما فی التأثیر، فلا دلیل و لا موجب لاستقلالهما فی الضمان.

و أمّا عدم ضمانهما لشخص التالف فلأنّه قد التزمنا بذلک فی باب الید- خلافا للمشهور- و اعتبرنا وجودا اعتباریّا علی الید، لما کان یقتضیه ظاهر قاعده الید، و أمّا فی باب الإتلاف فلا داعی لذلک، مع أنّه لا منشأ لانتزاع ذلک الوجود الاعتباری فی المقام، بل هنا حسب ما تقتضیه القضیّه التعلیقیّه الّتی هی معنی الضمان فی باب الإتلاف- کما فهمها الأصحاب من لفظ الضمان- هو اشتغال ذمّه بکلّی فی الذمّه بدلا عن التالف عند التلف، إلّا أنّه إذا کان المتلف لمال الغیر شخصا واحدا فتکون ذمّته منفردا مشغوله بذلک الکلّی، و إذا کان التلف من شخصین أو أزید ناشئا فذمّتهم مجموعا مشغوله بذاک الکلّی، فظهر من ذلک عدم دلیل للاحتمال الثانی أیضا، فیتعیّن الثالث.

هذا؛ و لکن ما أفاده- دام ظلّه- بعد لا یخلو عن تأمّل، أمّا فی أصل المسأله؛ فلأنّه لمّا کان تأثیر السبب الثانی ناشئا عن تأثیر الأوّل بحیث تستند شرطیّه البئر للتلف إلی تحقّق شرطیّه العثور، فالعرف یری العثور بنفسه سببا تامّا لإسناده الشی ء إلی السبب الأوّل، و لا یرونهما من قبیل المعدّات، فالحقّ هو ما

۱- حسب ما قلنا فی قاعده الید، «منه رحمه اللّه».

أفتى به العلّامه فى «التذكره» و كذلك غيره (۱).

و أمّا فى كيفيّه الضمان؛ فلأنّ ظاهر القاعده المسلّمه المستفاده من أخبار الأئمّه عليهم السّلام و هى «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» (۲) لرجوع ضمير «له» إلى المال المتلف يقتضى هنا أيضا اعتبار وجود للعين على العهده، و اشتغال الذمّه بنفس العين كان تقتضيه لفظه «ما الموصوله» و غيرها فى قاعده «على اليد»، فما وجه الفرق (۳) بين المقامين؟ فتأمّل!

الصوره الرابعه: و هى ما لو اجتمع السببان، و لكن بحيث يكون سببيّه الثانيه مستنده إلى الاولى، و بمعنى أنّه لم يكن السبب الثانى الّذى هو مباشر الإتلاف مصداقا للسبب بالمعنى الّذى قلنا، بأن يكون التلف مستندا إلى اختياره، بل كان لاختيار الغير فى وقوع التلف تمام التأثير، بحيث يكون اختيار الثانى تحت اختياره إمّا بإجباره إيّاه أو بإغفاله، ففى الحقيقه يكون ذلك من اجتماع السبب و المباشر.

و تفصيل القول فى ذلك: أمّا فى الإغفال المسمّى بالغرور ففى ضمان الغارّ أو المغرور أو كليهما احتمالات (۴)، و لا يخفى أوّلا أنّ المغرور على قسمين؛ لأنّه إمّا أن يكون مغرورا فى إتلاف مال الغير أو فى إتلاف مال نفسه.

۱- تذكره الفقهاء: ۲/ ۳۷۴ ط. ق، جواهر الكلام: ۳۷/ ۵۶.

۲- جواهر الكلام: ۳۷/ ۶۰، انظر! القواعد الفقهيه: ۲/ ۲۸.

۳- و أمّا الضمان فحقيقته معنى اعتبارى تابع لكيفيّه اعتباره و منشأ انتزاعه، فتأمّل! «منه رحمه اللّه».

۴- و قد ذكر فى «الشرائع» بعد عدّه فروع فى مسأله بدل الحيلوله جواز الرجوع للمالك إلى كليهما و عليه المشهور، بل على ما يظهر من «الجواهر» إجماعيّه و ارتضاه- دام ظلّه- أيضا فتأمّل «منه رحمه اللّه» (شرائع الإسلام: ۳/ ۲۴۵ و ۲۴۶، جواهر الكلام: ۳۷/ ۵۷ و ۵۸).

أمّا فی الأوّل؛ فأقوى الاحتمالات على حسب ما تقتضيه القاعده هو الاحتمال الثانی.

بيان ذلک: أنّه لا إشكال فی أنّ المغرور اختياره بالنسبه إلى نفس الفعل المتحقّق به ذات التلف تامّ، و ليس من هذه الجهه نقص فی إراده المباشر المغرور.

نعم؛ إرادته بالنسبه إلى عنوان مال الغير ناقصه، بمعنى أنّه من هذه الجهه ليس له اختيارها، بل مقهور للغارّ فيصدق على فعله إتلاف المال، و إن لم يصدق عنوان كونه مال الغير، و يكفی الأوّل فی استناد التلف إلى المغرور، فيصير ضامنا للمالک، ضروره أنّ الضمان ليس معلّقا على الإتلاف المقيّد بكون المتلف مالا للغير، بل الإتلاف فی ظرف كونه كذلک- أی مالا للغير يوجب الضمان، و لذلک يضمن النائم و الساهی- يوجب الضمان، فتأمّل!

نعم؛ لمّا يصدق الإتلاف على فعل الغارّ أيضا بحيث يستند الإتلاف إلى من قدّم طعاما للغير عند إنسان و أمره بأكله بعنوان كونه مالا لنفسه، فيرى العرف المقدّم ضامنا أيضا مع كون إرادته بالنسبه إلى الآكل أتمّ، بمعنى أنّه يصدق على فعل الآكل- كما بيّنا- إتلاف المال فقط، و لكن يصدق على فعل الغارّ المقدّم إتلاف مال الغير، فمن هذه الجهه إرادته أيضا موجوده، كما بالنسبه إلى ذات الإتلاف متحقّقه، فلتماميّه إرادته بالنسبه إلى المغرور- حتّى لا يكون له اختيار من هذه الجهه أصلا، بل هو مقهور صرف للغارّ- فللمغرور الرجوع إلى الغارّ.

أقول: و لمّا لم يخل هذا البيان عن النظر، و لعلّه لذلک عدل- دام ظلّه- عن ذلک إلى بيان آخر، و هو أنّه لا إشكال أنّ الإراده إذا توجّهت إلى فعل يكون

الغرض إيجاد مادّه هذا الفعل، فإذا توجّهت الإراده إلى التلف فيكون الغرض إيجاد هذه المادّه فى الخارج، فلذلك يسند الفعل إلى مريد هذا الفعل إذا أوجده، و كذلك إذا تعلّقت الإراده بالإتلاف فلمّا يكون الغرض إيجاد ذلك فيقال: إنّه أوجد الإتلاف، فكذلك يستند إيجاده إلى مريده أنّه أوجد الإتلاف بعد تحقّق المادّه فى الخارج.

إذا تبيّن ذلك فنقول: إنّ المغرور إذا توجّهت إرادته إلى أكل مال الغير فأكله بأمر الغارّ، فلمّا يصدق على فعله ذلك إتلاف مال الغير، فيصير ضامنا لصاحب المال (۱)، و كذلك الغارّ بعد أمر المغرور على أكل المال و إغراره فيه، لما يصدق على عمله أنّه أوجد الإتلاف، فالخساره الّتى تتوجّه على المغرور لتضمين صاحب المال إيّاه أوجبها الغارّ، و لذلك يجب عليه تدارك خسارته، فكما أنّ المغرور أتلف مال الغير فكذلك الغارّ أتلف مال المغرور فيضمن ما يعطيه بالمالك، فيرجع إلى الغارّ بعد أدائه.

فانقدح من ذلك؛ أنّ المتلف لمال الغير حقيقه إنّما هو المغرور، و لذلك ليس لصاحب المال الرجوع إلى غيره، و الغارّ إنّما هو متلف لمال المغرور، و هو ما يؤدّيه عوضا عمّا أتلف، فتتوجّه عليه الخساره، و لذلك ليس له الرجوع إلى الغارّ قبل أدائه شيئا، ففى الحقيقه ما يعطيه الغارّ إنّما هو غرامه عمّا أوجب فواته عن المغرور لا أن يكون هو ضامنا لصاحب المال.

فظهر أنّ ما يستفاد من النصّ بدلاله الالتزام، و قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «المغرور يرجع

۱- فليس اختيار المغرور فى ما فعل بالنسبه إلى اختيار الغارّ كلا اختيار، فتكون إرادته تحت إرادته الّذى كان ذلك ملاكا لصحّه سلب الإتلاف عن فعل المباشر و استناده إلى السبب، فتدبّر! «منه رحمه اللّه».

إلى من غرّ» (۱) من إثبات رجوع حقّ للمالك إلى المغرور إنّما هو موافق لما تقتضيه القاعده.

و تبيّن ممّا ذكرنا حكم الصوره الثانيه؛ و هى أن يصير مغرورا فى إتلاف مال نفسه فإنّه يجرى هنا أيضا ما بيّناه فى ما تقدّم إذا كان مباشرته لإتلاف مال نفسه بأكله أو غيره تحت اختيار السبب الأوّل، و هو الغارّ فلمّا يستند الإتلاف إليه فيصير ضامنا للمغرور.

ضمان المكره و عدمه

و أمّا الثانى؛ و هو ما إذا كان السبب الثانى الّذى هو المباشر مكرها، فالكلام فيه فى مقامين:

الأوّل: فى الحكم التكليفى له؛ قد أشرنا عند بيان قاعده «لا ضرر» أنّ الرافع للحكم التكليفى فى باب المحرّمات ليس إلّا قاعده الحرج، فهى إذا صدقت يرتفع التكليف و يجوز ارتكاب المحرّمات، و لا إشكال أنّ مسألتنا- و هو إتلاف مال الغير- إنّما هى أيضا من المحرّمات، فارتفاع الحرمه عن عمل المكره إنّما يتوقّف على أن يكون المكره عليه حرجيّا، بأن يترتّب على تركه الضرر الحالى أو العرضى على المكره لا مطلق الضرر ما لم يصل إلى حدّ الحرج، هذا بالنسبه إلى المكره و عمله.

و أمّا بالنسبه إلى المكره- بالكسر- فالتحقيق أنّه لا يتوقّف كون فعله و إكراهه حراما على كون المتوعّد عليه أمرا حرجيّا، بل يكون فعله حراما مطلقا،

۱- النهايه لابن الأثير: ۳/ ۳۵۶، القواعد الفقهيّه: ۱/ ۲۷۰.

و لو لم يوجب إكراهه و إلزامه عند ترك المكره- بالفتح- إلّا توجّه الضرر اليسير عليه، و لو بأن يكون شاغلا على عمل غير قابل الآن رفع اليد عنه من غير أن يترتّب على رفع يده عنه ضررا عليه، بل أوجب ذلك صدور الفعل المكره عليه عنه عن كره فقط.

و بالجمله؛ فمناط كلّ من الحكم الوضعى و التكليفى فى المقام مختلف، فلا إشكال فى أنّ إلزام الغير على إصداره فعلا بغير رضاه لا- عن طيب نفسه حرام و لو لم يقع بتركه ذلك فى أمر حرجىّ، و لكن هذا المقدار من الإكراه لا يوجب ارتفاع الحكم الوضعى- و هو الضمان- عن المكره، و جعله على عهده المكره- بالكسر- لما هو المحقّق من أنّ أدلّه الحرج هى الّتى تكون حاكما على أدلّه المحرّمات.

و لكن فى المقام هذه القاعده أيضا لا تثمر بالنسبه إلى رفع الضمان عن المكره- بالفتح- و ذلك لأنّه قد أوضحنا سابقا أنّ القواعد الّتى وردت فى مقام الامتنان مثل قاعده الحرج، و كذلك قاعده السلطنه و غيرها لا يتقدّم أحدها على الاخرى، و لذلك لا ترتفع و لا تسقط سلطنه المالك عن ماله المستتبعه لسلطنته على متلفه و هو المكره، لكون تركه التلف يوجب وقوعه فى الأمر الحرجى.

نعم؛ قد أشرنا أنّه يسقط الحكم التكليفى عنه لحكومه أدلّه الحرج على الأحكام التكليفيّه، و أمّا ضمانه فقد ظهر أنّه لإتلافه ثابت، و على حسب القاعده ليس للمالك الرجوع إلى غيره لكونه باختياره أتلف مال الغير، و يصح نسبه الإتلاف إليه، فالحكم بضمان المكره- بالكسر- أو المكره فى المقام تابع لصدق نسبه الإتلاف إليهما، فعلى أىّ منهما صدق نسبه الإتلاف فهو ضامن، و إلّا

فقاعده الحرج و نحوها لا تعارض الضمان المسبّب عن سلطنه المالک علی ماله و متلفه، و لا إشکال أنّ النسبه بین صدق الحرج و صدق الإتلاف فی مورد المکره عموما من وجه، لأنّه ربّما یصدق الحرج بلا صدق الإتلاف، کما إذا أوعد المکره علی أمر یکون ضررا علیه من ضرر حالی و غیره، و لکن لا یصحّ سلب نسبه إتلاف المال عنه بمعنی أن یصدر الفعل عنه عن اختیار.

و لا یتوهّم أنّ المکره مطلقا لا یکون مختارا فی الإتلاف و إنّما اختیاره یکون تحت إراده الغیر و هو المکره- بالکسر- فمطلقا هو غیر مختار فی الإتلاف سواء کان المتوعّد علیه ضرریّا أم حرجیّا أو فوقهما.

و دفع ذلک هو أنّه لا خفاء أنّ صدق نسبه الإتلاف و صحّته دائر مدار صدور الفعل عن قصد و إراده، و من المعلوم أنّ إیعاد المکره علی إتلافه مال الغیر لا یوجب ذلک سلب الإراده عنه مطلقا، و لو کانت إرادته تحت إراده الغیر، و ذلک لأنّه بیّنا فی محلّه أنّ المکره علی أمر لکونه متوعّدا علی المکروه إنّما یکون فی الحقیقه مکرها علی الجامع بین المکره علیه و المتوعّد علیه، بحیث یکون کلّ واحد منهما فی ظرف عدم الآخر تحت طلب المکره و إرادته، فکلّ منهما بخصوصیّته یکون تحت إراده المکره- بالفتح- و اختیاره، فإذا اختار المکره علیه لما کان بخصوصیّه تحت إرادته و اختیاره، و لذلک تصحّ نسبه إتلاف المال إلیه (۱).

فإذا صدق ذلک و إن کان لو لم یفعل ذلک لیقع فی الضرر و الحرج، فمقتضی

۱- و بذلک صحّحنا معامله مکره و قلنا بأنّ الالتزام بصحّته عند الإجازه هو الموافق للقاعده، لا العکس، فتدبّر! «منه رحمه اللّه».

القاعده الحكم بضمانه خاصّه دون المكره، بعد ما عرفت من عدم منع قاعده الحرج عن جريان قاعده السلطنه.

و قد تصدق نسبه الإتلاف إليه بلا لزوم الحرج عليه عند تركه الإتلاف، و هو كما إذا كان المكره مسلوب الإراده فى الفعل حتّى فى اختياره الخصوصيّه، و هذا الّذى نحكم بضمان المكره- بالكسر- و نلتزم به على حسب القاعده، سواء صدق الحرج أم لا، و قد لا يصدق الحرج و لا الإتلاف، و هو ما لو كان المتوعّد عليه أمرا ضرريّا مطلقا بلا وصوله إلى حدّ الحرج، و هنا و فى الصوره الاولى لا مقتضى لضمان المكره- بالكسر- بل على القاعده إنّما يكون ضمان التلف على المكره بالفتح.

فانقدح ممّا ذكرنا أنّ ما أضاف فى «المسالك» هنا فى صدق الإكراه زائدا على ما يعتبرون فى صدقه فى سائر المقامات من كون الضرر المتوعّد عليه حاليّا إنّما يقيّد ذلك (۱)، بالنسبه إلى رفع الحكم التكليفى عن المكره، و إلّا فبالنسبه إلى الضمان و رفعه فلا يثمر شيئا، فالتحقيق فى المقام هو الحكم بضمان المكره- بالفتح- على حسب القاعده دون المكره، كما أفاده فى «الجواهر» و قال: إنّ مقتضى القاعده ضمان المكره- بالفتح- دون المكره إلّا أن يمنع من ذلك انعقاد الإجماع على الخلاف، فإن تحقّق فهو المحكم.

نعم؛ يمكن جريان ما ذكرنا فى وجه ضمان الغارّ هنا أيضا، و عليه فيتمّ ضمان المكره- بالكسر- لما أوجب بإكرامه إتلاف مال المكره على القاعده. قد ذكر الأصحاب ميزان صدق الإكراه فى كتاب الطلاق، و اشترطوا فيه شرائط

۱- مسالك الإفهام: ۱۲/ ۱۶۵.

ثلاثه و أشار إليها شيخنا قدّس سرّه فى «المكاسب» عند ذكر شرائط صحّه البيع أيضا (۱)، و الفرق بين الإكراه و الاضطرار هو أنّ الثانى يكون من الدواعى غالبا، و لذلک لا يجرى دليل رفع الاضطرار فى المعاملات؛ لعدم خلوّها عن الدواعى الاضطراريّه غالبا مع عدم المدخليّه للدواعى فى المعاملات، و لكن تجرى فى التكاليف.

و أمّا الأوّل و هو الإكراه فهو إلزام على نفس الفعل، و لذلک لمّا يخرج الفعل عن الاختيار فيسقط عن المؤثريّه، فهو يجرى فى المعاملات و التكاليف كليهما، و إن كان يختلف من بعض الجهات، كما أشرنا إليه.

و لو أرسل فى ملكه ماء فأغرق .. إلى آخره.

هنا صور، لأنّ إرسال الماء و تأجيج النار إمّا أن يكون للحاجه و لم يتجاوز عن حدّها، أو لم يكن كذلک، و فى كلتا الصورتين إمّا أن يكون المالک- أى مرسل الماء و غيره- عالما بالتعدّى، أو ظانّا به، أو لم يكن كذلک، و الحكم الجامع لجميع الصور هو أنّ الضمان لتلف مال الغير المسبّب عن إرسال الماء فى ملک نفسه أو تأجيج النار فيه تابع لصدق الإتلاف، و لا يختلف فى ذلک تجاوز إرسال الماء عن قدر الحاجه و عدمه، و لا العلم أو الظنّ بسببيّه ذلک للتلف و لا عدمهما، و ذلک لما بيّنا سابقا من أنّ الضمان الحاصل بسبب الإتلاف ليس تابعا للعلم، بل هو من الأحكام الوضعيّه الثابته، و لو فى ظرف جهل مسبّب التلف، و كذلک لا تمنع قاعده «السلطنه» عن الضمان أيضا فيما إذا لم يتجاوز الماء أو النار عن قدر الحاجه فأوجب مع ذلک تلف مال الغير؛ لأنّه قد تحقّق فى السلف

۱- المكاسب: ۳/ ۳۲۷.

أیضا أنّ الناس مسلّطون علی أموالهم ما لم یوجب سلطنتهم و تصرّفهم فیها تلف مال الغیر، فیمنع عن سلطنته علی ماله الموجب لتضمینه متلف ماله.

و بالجمله إتلاف مال الغیر و لو انطبق علی حفظ مال نفسه، موجب للضمان، و قاعده السلطنه لیست قابله أن تمنع عن ذلک، کما لا یخفی، فافهم!

ثمّ إنّ بعد ذلک ذکر فروعا فی «الشرائع» تعرّضنا لجلّها فی أوّل الباب، و لعلّه فی طیّ المباحث الآتیه یأتی ما ینتفع [به] و یرتبط بهذه الفروع (۱) إن شاء اللّه أیضا حتّی یفی ببعض ما لم نتعرّضه لوضوحه.

ردّ المغصوب

الجهه الثالثه من البحث: هی البحث عن وجوب إرجاع المال المغصوب لصاحبه عینا و عدم انقطاع سلطنه المالک عن عین ماله بتصرّف الغاصب فیه، و لا یخفی أنّه یتصوّر لهذه المسأله صور:

الاولی: أن لا یکون ردّ العین المغصوبه مستلزما لضرر علی الغاصب أو غیره.

الثانیه: أن یکون مستلزما لذلک، و هذا یکون علی وجوه؛ لأنّ المتضرّر إمّا أن یکون هو الغاصب أو غیره، و الغیر إمّا أن یکون معیّنا للغاصب أو لم یکن کذلک، و الضرر المتوجّه إمّا نفسیّ أو مالی، و الضرر المالی إمّا أن یکون بنحو یستلزم تخلیص العین المغصوبه؛ سقوط المال المزاحم للتخلیص عن المالیّه رأسا، و هذا کالخشبه المغصوبه الموضوعه تحت بناء و جدار بنیا من الطین

۱- من حیث المبنی وجهه السببیّه و غیرها، «منه رحمه اللّه».

و الجصّ، فإنّه بعد تخريب مثل هذا الجدار لتخليص الخشبه لا يبقى للتراب المجتمع و كذلك الجصّ قيمه و ماليّه، أو لم يكن كذلك، مثل ما لو كان البناء من الحجر و الآجرّ أو كالسفينه، و فى كلّ منها إمّا أن يكون الغاصب عالما بالغصب أو لم يكن كذلك.

أمّا الكلام فى الأوّل- و هو ما لو لم يكن ردّ العين مستلزما للضرر لكون العين باقيه على حالها- فلا شبهه فى وجوب الردّ فى هذه الصوره، و كذلك فيما إذا كان مستلزما للضرر على الغاصب، سواء كان عالما بالغصب أو جاهلا، و كان حين التصرّف فى المغصوب و وضعه تحت البناء- مثلا- فى الواقع غاصبا و غير ذى حقّ.

و الدليل على ذلك هو أنّه لا إشكال فى أنّ البناء على المغصوب حرام؛ لكونه تصرّفا فى مال الغير، فإذا صار أصل البناء حراما فليس له احترام، فإذا لم يبق للبناء حرمه فليس شى ء يزاحم مع سلطنه المالك و صاحب العين المغصوبه المبنىّ عليها، فهو بمقتضى سلطنته على ماله يطالب ماله، و له أن يأخذه بأىّ نحو كان، و لا يبقى للغاصب سلطنه على بنائه حتّى يمنع بذلك مالك العين و يلزمه بأخذ القيمه كما توهّمه أبو حنيفه (۱) لأنّ السلطنه فرع لالتزام المال، بل يجب على الغاصب تخريب بنائه مقدّمه لردّ العين، و لا فرق فى ذلك بين الجاهل و العالم.

ضروره أنّ الضمان و كذلك غيره من الأحكام الوضعيّه ليس دائرا مدار العلم و الجهل، بل هو تابع للحقّ الواقعى و عدمه، و لا مدخليّه للعلم و الجهل فى باب الضمان أصلا.

۱- بدايه المجتهد: ۲/ ۳۱۷.

هذا ما تقتضیه القاعده، و النصّ أیضا مطابق معها، و هو قوله علیه السّلام: «لیس لعرق ظالم حقّ» (۱) و کذلک قوله علیه السّلام: «الحجر المغصوب رهن [علی خرابها]» (۲) و من المعلوم أنّ المراد من الظالم المعناه الواقعی، أی غیر ذی حقّ، لا ـ أن یکون المراد به المأخوذ فیه العدوان الملازم لکون العادی عالما بعدم کونه ذا حقّ فتأمّل!

و لا یتوهّم أنّ الدلیل فی المقام إنّما هو قاعده الإقدام حتّی یمنع جریانها فی صوره الجهل؛ لأنّ أصل جریان قاعده الإقدام فی ما نحن فیه دوریّ.

ضروره؛ أنّ صدق هذا العنوان و إقدام الغاصب علی ضرره موقوف علی أن یکون مالک العین المغصوبه مسلّطا علی تخریب بنائه، و ذا حقّ بالنسبه علی خرابه، و إثبات هذا الحقّ له بقاعده الإقدام یلزم منه الدور کما لا یخفی، فلا یجوز التمسّک بقاعده الإقدام فی المقام أصلا.

هذا إذا کان حین الإحداث غیر ذی حقّ، أمّا إذا لم یکن کذلک بل کان عند إحداثه البناء ذا حقّ ثمّ انقطع حقّه کما إذا اشتری أحجارا بالبیع الخیاری، ثمّ بنی علیها ففسخ بائعها فهاهنا لمّا لم یکن بالنسبه إلی الحدوث غاصبا و لکن من حیث الإبقاء و البقاء یصدق علیه الغصبیّه بصیروره الأحجار المبنیّ علیها بعد الفسخ ملکا و متعلّقا لحقّ الغیر، فإبقاء البناء علیها یکون إبقاء فی مال الغیر (۳).

فیدخل هذه الصوره فی باب تزاحم الحقوق، و هذا بحث سیّال فی جمله من أبواب الفقه، و قد ذکرنا جمله من الکلام فی ذلک فی باب البیع عند البحث

۱- وسائل الشیعه: ۲۵/ ۳۸۸ الحدیث ۳۲۱۹۴.

۲- وسائل الشیعه: ۲۵/ ۳۸۶ الحدیث ۳۲۱۹۱، و فیه: الحجر الغصب فی الدار.

۳- مع أنّ إحداثه کان عن حقّ و لم یکن فیه عدوان و تخریب فی مال الغیر «منه رحمه اللّه».

عن خيار الغبن، و نزيـد هنا توضـيحا بقدر ما يناسب المقام، و هو أنّه لا إشـكال فى أنّ صاحب البناء الّذى يصدق عليه الغاصـب فعلا فى نفس إبقاء بنائه، لمّا كان أساسه مالا للغير يصدق عليه أنّه متصرّف فى مال الغير.

ضروره أنّه ليس حقّه من حيث البناء إلّا هذه الهيئه الثابته على القضاء القائم بنيانه على مال الغير، و كونه فى القضاء و إن لم يكن بهـذه الحيثيّه متعلّقـا لحقّ غير البانى، بل مال لنفسه، و لكنّه لمّا كان جزؤه المتّصل بالأرض بتوسّط الحجر المغصوب- حيث هـذا الجزء من هيئه البناء الّذى هو حصّه من الهيئه متعدّ فعلا- و صاحب البناء غاصب بهذه الحيثيّه. و المفروض؛ أنّ كون باقى أجزائه على الهواء لاـ يثمر فى بقائه بعـد تفريق هـذا الجزء منه، فلمّا يصـدق لـذلك أنّ أصل كينونيّه هـذا البناء بروز الهيئه ثابته فى مال الغير، فإمّا يكون لهذه الهيئه احترام، لأنّ احترام المال و الماليّه إنّما هو باق ما دام لم يكن فى مال الغير، فيصـير المقام من قبيل ما لو فرض أن تكون أرض ملكـا لأحـد و هواؤه للآـخر، فصاحب الهواء بنى فى هـذه الأرض بلا إذن صاحبه، لأنّه لا فرق فى هـذه الجهه بين الإحـداث و الإبقاء فكما أنّ البناء حـدوثا فى مال الغير يكون غصـبا و لا احترام لهـذا البناء و الهيئه الكائنه، كذلك لو كان عند الحدوث مأذونا فيه فانقطع الإذن بعده، فبالنسبه إلى ما بعد الانقطاع و هو بقاؤه، فلمّا يصدق الغصب، فلا احترام له أيضا بالنسبه إلى تصرّف صاحب البناء.

و أمّا بالنسـبه إلى صاحب الحجر و تصرّفه بتخليص حجره فليس فى تخليصه و إخراجه حجره بعين هذا التخليص متصرّفا فى مال الغير كما كان فى الأوّل، فإنّه بنفس الإبقاء كان متصرّفا فى مال الغير فكان إبقاء ماله مع تصرّفه فى

مال الغير متّحدا وجودا، و أمّا صاحب الحجر فليس كذلك، بل إخراجه حجره تصرّف فى مال نفسه.

نعم؛ تصرّفه هذا مستلزم للتصرّف فى مال الغير و هو الهيئه البنائيّه، و لكنّه ظهر أنّه لا احترام لهذه الهيئه فى الرتبه السابقه على تخليصه ماله، فإذا يتصرّف صاحب الحجر فى ماله فتصرّفه ذلك مستلزم لتصرّفه فى مال الغير الساقط عن الاحترام فى الرتبه السابقه على تصرّف المغصوب منه فى حجره.

تزاحم الحقوق

إذا تمّ ذلك و انكشف موضوع الحقّين المتزاحمين فنقول: إنّه ليس لنا قاعده بمئونتها ترتفع الغائله و يرجّح أحد المتزاحمين على الآخر الّذى هو الموجب لوقوع التزاحم أيضا سوى قاعده تسلّط الناس على أموالهم، و لا إشكال أنّ تطبيق هذه القاعده على مال صاحب البناء دورىّ.

بيان ذلك: أنّ سلطنته على ماله موقوف على عدم احترام الحجر القائم عليه البناء، و عدم احترامه موقوف على عدم السلطنه لصاحبه عليه، و نفى سلطنه صاحب الحجر على ماله و سقوط سلطنته لا بدّ أن يثبت من الخارج، و لا يعقل أن يثبت عدم سلطنته بسلطنه صاحب البناء على هيئه بنائه؛ لأنّ إثبات أحد النقيضين بالآخر دور، كما لا يخفى، و لمّا لم يكن فى الخارج أيضا دليل على سقوط سلطنته فتثبت سلطنته، فإذا ثبتت سلطنته هذه فتسقط سلطنه صاحب البناء إذا لم يكن دليل يثبت سلطنته، و أمّا تطبيق أصل القاعده- و قد عرفت- على سلطنته دورىّ، هذا بالنسبه إلى صاحب البناء.

و أمّا بالنسبه إلى صاحب الحجر فلا مانع من تطبيق القاعده عليه، ضروره أنّ سلطنته على ماله و إن كانت موقوفه على عدم احترام مال صاحب البناء، إلّا أنّ عدم احترامه قد يثبت فى الرتبه السابقه بسبب كون البناء فى مال الغير، فلا يتوقّف إثبات سلطنه صاحب الحجر على إسقاط سلطنه صاحب البناء، بل لمّا كانت سلطنته على ماله ساقطه سابقا لسقوط احترامه، فتصرّف صاحب الحجر لتخليص ماله من مال الغير يقع حين سقوط سلطنه الغير من الخارج، لما سنشير من أنّ إثبات سلطنه الشخص على مال نفسه لا يوجب و لا يقتضى حفظه الناشئ من قبل سلطنته عليه أن يتصرّف فى مال الغير لحفظ ماله، بل إنّما يوجب حرمه تصرّف الغير فى هذا المال، و المفروض أنّ مال صاحب البناء سقط عن الحرمه، فانتفى بذلك ما كان يقتضى حرمه تصرّف صاحب الحجر فيه لو لا سقوطه عن الاحترام.

و بالجمله؛ لمّا كان جواز تصرّف صاحب البناء فى بنائه بإبقائه مقرونا بالمانع عينا بخلاف صاحب الحجر، فيصير المقام بالنسبه إلى القاعده الّتى هى المرجع- و هى «الناس مسلّطون» (۱) .. إلى آخره- من باب دوران الأمر بين التخصيص و التخصّص، لما عرفت من أنّ هذه القاعده بالنسبه إلى صاحب البناء بعد سقوط احترام ماله، فلا مقتضى لجريانها؛ لأنّ موضوع هذه القاعده إنّما هو المال المحترم، و أمّا بالنسبه إلى صاحب الحجر فالمقتضى لجريانها تامّ لبقاء الموضوع، و إنّما المانع المتصوّر أن يخصّص سلطنته بسلطنه صاحب البناء، و من المعلوم أنّه عند دوران الأمر بين التخصيص و التخصّص؛ الثانى متعيّن.

۱- عوالى اللآلى: ۱/ ۲۲۲ الحديث ۹۹.

فانقدح ممّا ذكرنا؛ أنّ حكم الغاصب العرضى- أى من لم يكن غاصبا ابتداءً عند إحداث تصرّفه- حكم الغاصب الابتدائى، فيجوز للمغصوب منه أن يتصرّف فى ماله كيف شاء، و لا يزاحم تصرّفه الحقّ السابق للغاصب.

و ببيان آخر: يكون المقام من باب دوران الأمر بين تأثير المقتضى التنجيزى و التعليقى، ضروره أنّ اقتضاء القاعده و سلطنه صاحب الحجر على ماله تنجيزىّ، بعد أن كان تصرّفه و سلطنته على ماله المستلزم للتصرّف فى مال الغير مالا لا احترام له، فاقتضاء سلطنته تامّ، و أمّا تصرّف صاحب البناء فى ماله الّذى هو عين تصرّفه فى مال الغير إنّما يثبت إذا لم يكن صاحب الحجر سلطانا على ماله، فتصير سلطنته معلّقه، و لا ريب أنّ المقتضى التعليقى لا يمكن أن يزاحم التنجيزى فيمنعه عن تأثيره.

هذا؛ و لقد أجاد- دام ظلّه- فى ما أفاد فى بيان سرّ المسأله، و أصل فتواه فى المسأله مطابق لفتوى الأصحاب أيضا، و لكنّ العمده فى تماميّه كلا البيانين هى ما ذكرنا من المقدّمه، و هى كون تصرّف صاحب البناء فى ماله عين تصرّفه فى مال الغير، بخلاف تصرّف صاحب الحجر فهو ليس كذلك، بل هو مستلزم للتصرّف فى مال الغير، و أنت خبير بأنّ مجال المنع لهذه المقدّمه [واسع]، و قد أشرنا إلى ذلك فى بحث الخيارات.

هذا كلّه؛ بالنسبه إلى جواز تصرّف المغصوب منه فى ماله، و لو كان مستلزما للتصرّف فى مال الغير المترتّب ذلك على سقوط سلطنه صاحب البناء، و لكن لا يخفى أنّ صاحب البناء لمّا كان فى أصل إحداث بنائه فيما يجوز له

الإحداث عن حقّ، و لم يكن عاديا فی أصله (۱)، فليس كالغاصب الأصلی حتّى

۱- قد اضطربت كلمات الأصحاب فی نظائر المسأله فی أبواب متفرّقه من العاريه و الشفعه و الإجاره و الصلح و المفلّس و خيار الغبن، و إن كان ظاهر المشهور على ما فی «اللمعه» اللمعه الدمشقيّه: ۱۴۲ و «الشرائع» شرائع الإسلام: ۳/ ۲۴۷ و «القواعد» قواعد الأحكام: ۱/ ۲۰۶ و غيرها هو جواز الرجوع للمالك، و له إلزام صاحب الشجر و البناء و نحوهما على قلعهما و تخليص الأرض، كما أنّ ظاهر المشهور أيضا أنّ على الملزم الأرش و إن استبعد صاحب «الجواهر» قدّس سرّه جواهر الكلام: ۳۷/ ۲۰۲ الجمع بين الفتويين، و لقد أفاد قدّس سرّه جواهر الكلام: ۲۶/ ۲۵۷- ۲۵۹ فی تحقيق المسأله فی باب الصلح و مال إلى خلاف ما عليه المشهور، و جعل مسأله الغرس و البناء نظير استعاره الأرض للدفن أو الرهن أو الصلاه، و أنّهما من واد واحد، حيث إنّه كما أنّه ليس له الرجوع بالنسبه إلى الإذن السابق فهكذا كلّ ما هو من آثاره و لوازمه، فراجع و تأمّل! [و] ملخّص ما أفاد فی «الجواهر»: هو أنّ الآذن لمّا كان بإذنه أوّلا و إقدامه أدخل نفسه فی حكم شرعی فليس له الرجوع بعده، و بهذا التقريب أيضا- على ما ببالی- دفع الإشكال الاستاذ الأعظم النائينی كتاب الصلاه للميرزا النائينی: ۲/ ۱۰ فی بحث الصلاه فی مسأله جواز رجوع المالك الآذن للغير بقراءه الصلاه فی ملكه بعد دخوله فی الصلاه، و قوّى عدم جواز الرجوع لما ذكرنا، و إن أجاب عن ذلك الاستاذ العراقی- دام ظلّه- عن ذلك حيث نقلنا عنه ما أفاده النائينی- مدّ ظلّه- بأنّ الحكم الشرعی لا يوجب منع صاحب الحقّ و حرمانه عنه، كما يكون كذلك فی حقوق الناس، بل الحكم- لو سلّمنا- يوجب الإلزام فقط، و قد أشار إلى ما أفاده- دام ظلّه- شيخنا قدّس سرّه فی مكاسبه المكاسب: ۲/ ۱۲۵ فی طیّ بحث الاجره على الواجب و دفع الإشكال عنها، فراجع! هذا مضافا إلى منع دخول المالك فی الحكم الشرعی و هو حرمه الإبطال و حرمه النبش و غيرهما بالإذن، لأنّ الحرمه موقوفه على عدم بقاء حقّ الرجوع له، و هو أوّل الكلام، مع أنّه لا إطلاق لدليلهما، كما لا يخفى. اللهمّ إلّا أن يرجع كلام [صاحب] «الجواهر» قدّس سرّه إلى أنّه لمّا كان الإذن فی الشی ء إذنا فی لوازمه فلذلك ليس للآذن حقّ الرجوع فی مسأله الإذن فی الصلاه و نحوهما لهذه القاعده العرفيّه، و هكذا فی مسأله العاريه للغرس و الرهن و نحوهما، حيث إنّ بناء المتعاملين على بقاء الأرض مشغوله ما دام الشجر باقيا، و هكذا بالنسبه إلى الرهن و الدفن و نظائرهما، كما يكون عكس ذلك فی المقامات، مثل مسأله البيع الخياری، فإنّ بناء المتعاملين فی مثله بقاء العين إلى انقضاء الخيار و عدم إتلافها أو نقلها بأحد النوافل، فتدبّر و راجع «مصباح الفقيه» للمرحوم المدقّق الهمدانی مصباح الفقيه «كتاب الصلاه»: ۱۷۶ ط. ق، و لقد أفاد فی باب الصلاه ماله دخل فی المقام، رحمه اللّه و إيّانا، «منه رحمه اللّه».

لا يكون لماليّته احترام أصلا؛ لأنّه إلى حين الفسخ كان ذا حقّ و بعد الفسخ صار غير ذى حقّ، فاحترام أصل ماله باق، نعم لمّا [ثبت] حديث المزاحمه من حين الفسخ و قد رجّحنا طرف صاحب الحجر، و المفروض أنّ المزاحمه ليست إلّا بين شخصيّه البناء و الحجر المملوك للغير الموضوع تحته، لا- أن تكون مزاحمه فى أصل ماليّته، فتسقط سلطنه صاحب البناء عن شخص بنائه، و تثبت السلطنه لصاحب الحجر على خصوصيّه البناء، و جواز تصرّفه فى الخصوصيّه لا فى أصل الماليّه، فلذلك إذا خرب البناء لتخليص حجره فعليه أن يتدارك ماليّه بنائه كلّما يكون له الماليّه فعلا، فلو كان لبقائه اعتبار ماليّه اخرى فليس عليه تداركها، لما عرفت من أنّه ليس له من حين الفسخ حقّ الإبقاء كما قالوا ذلك فى الأرض المستعاره للغرس، فيرجع صاحب الأرض بعد غرس المستعير و صيرورته شجرا، فبعد بنائهم على ثبوت حقّ القلع للمعير قالوا بأنّ عليه أن يتدارك خساره صاحب الشجر بأن يردّ إليه تفاوت قيمه الشجر بين كونه ثابتا و كونه مقلوعا.

و بالجمله؛ فلاحظوا حال الفعلى للشجر لا كونه باقيا، و ليس ذلك إلّا لعدم ثبوت حقّ البقاء له بعد رجوع المستعير، فكذلك فى ما نحن فيه، فإنّ محلّ الكلام إنّما هو ما إذا كان صاحب البناء إذا حقّ عند إحداث بنائه ثمّ عرضه عنوان الغصبيّه، ثمّ إنّه إن سقطت هيئه البناء عن الماليّه عند إحداث بنائه ثمّ عرضه عنوان الغصبيّه، ثمّ إنّه إن سقطت هيئه البناء عن الماليّه دون مادّته، كما مثّلنا لذلك عند التقسيم، فعلى المغصوب منه أن يتدارك قيمتها فقط، و إن سقطت المادّه كذلك يجب تداركها قيمتها أيضا لو كانت لها قيمه فى مقابل الهيئه، و إن كان تخليص

مال الفاسخ يتوقّف على تلف نفس المفسوخ عليه أو غيره فلا يجوز التخليص، بل يجب عليه الإبقاء حتّى لو خلّص ماله، كما لو قلع خشب السفينه فى لجّه البحر فتلف المفسوخ عليه أو غيره للغرق و نحوه، فيكون القالع الفاسخ ضامنا، ضروره أنّه انقطعت سلطنه المفسوخ عليه عن الخشبه فعلا، فلا تزاحم سلطنته المالك الفاسخ إلّا أنّ مسأله حفظ النفس و أهميّته لا ربط له بباب المزاحمه، بل هو واجب فى كلّ حال و على كلّ أحد، و لا يزاحمه شى ء من الحقوق و الأموال، بل هو مرجّح على كلّ شى ء، و المفروض أنّ المفسوخ عليه ليس غاصبا أصليّا حتّى يكون باغيا و عاديا فتسقط نفسه عن الاحترام، كما يحتمل أن يقال ذلك فى الصوره الآتيه، بل هو غاصب عرضا فنفسه و كذلك غيره على الاحترام باق، فيجب على نفسه و كذلك على الفاسخ حفظ نفسه بأىّ نحو كان، و لو أوجب تلف المال بلا إشكال.

و أمّا لو لم يكن الغاصب فى الإحداث ذا حقّ، فقد أشرنا إلى جواز تخليص المغصوب منه ماله و لو أوجب تلف مال الغاصب، و أمّا لو استلزم ذلك تلف نفسه فعلى حسب ما تقتضيه قاعده باب المزاحمه أيضا جواز تخليصه، مع قطع النظر عن مسأله الأهميّه الخارجيّه الثابته للنفس.

بيان ذلك: إنّ السلطنه الثابته للناس على نفوسهم بالأولويّه الثابته على أموالهم أو بغيرها أيضا تكون هذه السلطنه ذات مراتب، كما فى السلطنه على الأموال، منها ما لا ينطبق على التصرّف فى مال الغير، و منها ما ينطبق، فبهذا الاعتبار أيضا تصير السلطنه على أنفسهم ذات مراتب، فكما قلنا: إنّ الناس مسلّطون على جميع هذه المراتب- أى مراتب أموالهم- إلّا المرتبه الّتى أوجب

التصـرّف فيها التصرّف فى مال الغير، فإنّه عند ذلك سلطنه الغير على ماله لمّا أوجبت حرمه تصرّف الغير فى ماله فلذلك تنقطع سلطنه الشـخص على ماله فى هـذه المرتبه الموجبه للتصـرّف فى المال المحترم للغير، فكـذلك سـلطنه الناس على أنفسـهم ثابته حتّى تنتهى إلى التصرّف فى المال المحترم للغير، هذا ما تقتضيه قاعده السلطنه.

تقدّم حفظ نفس الغاصب على الأموال

و أمّا مسأله أهميّه النفوس و تقـدّمها على الأموال فنقول: هذه الصوره ليست فى الوضوح و جريان قاعده أهميّه النفوس كالصوره السابقه؛ لأنّ فى هذه الصوره لمّا كان الغاصب غاصـبا من أوّل الأمر فالقاعده المعروفه المستفاده من الأخبار- و هى ما وقعت فى ألسنه الفقهاء من (أنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال) (١) تجرى فى هذه الصوره دون الصوره السابقه.

فـإن قلنـا: إنّ المراد بهـا أنّ الغـاصب يؤخـذ بـأشقّ الأـحوال حتّى حـال تلف نفسه، فيجوز هنـا للمغصوب منه تخليص مـاله و قلع الخشبه من السفينه فى المثال المذكور.

و إن قلنـا بأنّه ليس المراد بها ذلك، بل المراد بها أنّ الغاصب فى ظرف وجود نفسه و بقائه يؤخـذ بأشقّ الأحوال حتّى لو أوجب تلـف مـاله كـثيرا، أو وقـوع نفسه فى التعب لاـ فيمـا أوجب تلف نفسه، فليس للمغصوب منه ذلـك، بـل يجب عليه الصـبر حـتّى يخلص عن الهلكه، و لا يجوز للغاصب ردّه لكون حفظ نفسه

١- جواهر الكلام: ۳۷/ ۱۰.

واجبا على نفسه مطلقا.

و لمّا كان ظاهر سياق القاعده هو ملاحظه المشقّه بالنسبه إلى أحوال الغاصب العارضه على وجوده، و هو فرع لحفظ وجوده، فالأقوى هو الاحتمال الثانى، مضافا إلى أنّ ما يثبت من الخارج من عاده الشرع وجوب حفظ النفوس حتّى قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «لا تقيّه فى الدماء» (۱) يصير قرينه على كون المراد من القاعده هو المعنى الثانى.

أقول: و أنت خبير بأنّه لا أصل لهذه القاعده، و ما وردت بهذا المضمون روايه، بل هى وقعت فى كلام بعض و لم يعمل بها أحد من الأساطين، و قد طعنوا عليها عند التزام بعض بضمان الغاصب أعلى القيم تمسّكا بهذه القاعده، فراجع كلمات «الجواهر» و شيخنا الأنصارى (۲) قدّس سرّهما.

فالتحقيق فى المسأله المراجعه إلى ما تقتضيه أدلّه وجوب حفظ النفس من أنّه أىّ مقدار و أىّ مقام حفظ النفس و احترامه واجب، أما أصل اقتضائه فهو إنّما يكون فيما إذا كان الآدمىّ مضطرّا و لم يكن بنحو سقط احترامه فى الرتبه السابقه على اضطراره، إمّا بإقدام نفسه فعلا- كالسارق اللجوج الّذى لا يرفع اليد عن الإنسان إلّا بقتله، أو بإقدامه سابقا، و لو لم يكن الآن مقدّما، أو كما إذا ارتكب عملا- فاستحقّ القتل، كمن غصب خشبه فى الساحل و وصل به سفينته فأجراها فى البحر فقدر المغصوب منه أخذه منه فى اللجّه، بحيث يوجب قلع خشبته من السفينه غرق نفس الغاصب.

۱- المحاسن: ۱/ ۲۵۹ الحديث ۳۱۰، وسائل الشيعه: ۱۶/ ۲۳۴ الحديث ۲۱۴۴۵، مع اختلاف.

۲- جواهر الكلام: ۳۷/ ۱۰۷، المكاسب: ۳/ ۲۳۰- ۲۳۲.

ففی مثل هذه المقامات لا یجب علی المسروق منه أو المغصوب منه رفع الید عن ماله و بذله لحفظ نفس السارق و الغاصب، کما یدلّ علی ذلک قوله تعالی:

غَیْرَ بٰاغٍ وَ لٰا عٰادٍ (۱) علی ما هو ظاهر الآیه و التفسیر المستفاد من الأخبار لها، من کون المراد بهما الخارج علی الإمام و قاطع الطریق و السارق.

و قد اعترض علی هذا المعنی من التفسیر بأنّ حفظ النفس واجب، و هو أهمّ من المال بلا إشکال، فأجاب عنه أصحابنا بأنّ حفظ النفس و احترامه واجب ما لم یکن التالف معرّضا نفسه للتلف (۲)، و کما أنّهم تسالموا فی مسأله ما لو توقّف الخلاص من ید السارق علی قتله یجوز قتله، و ظاهرهم أنّ هذا (۳) هو ما تقتضیه القاعده.

و سرّ ذلک کلّه هو: أنّ مسأله حفظ النفس و احترامه حکم امتنانیّ من الشرع، و من البداهه أنّه لا امتنان علی نفس ألقت نفسه بإقدامه فی الهلکه، فلو لم یرد تفسیر من أهل البیت علیهم السّلام للآیه من باب مناسبه الحکم و الموضوع الّذی هو العادی، لکان یستفاد ذلک من الآیه، کما لا یخفی من أنّه لا یجب حفظ نفس العادی الّذی من مصادیقه الغاصب المعرّض نفسه للتلف، خصوصا فیما إذا احتمل الغاصب فی المثال المذکور قدره المغصوب منه علی قلع الخشبه فی اللّجه، و فعل المغصوب منه ذلک، أو لم یتمکّن المغصوب منه أخذه إلّا فی مثله- أی اللجّه- فإنّه لا إشکال فی عدم امتنان فی مثله، مع کونه مخالفا للامتنان علی

۱- الأنعام (۶): ۱۴۵، النحل (۱۶): ۱۱۵.

۲- جواهر الکلام: ۳۷/ ۷۸.

۳- فیکشف من بنائهم ذلک أنّهم لا یلتزمون بترجیح حفظ النفس علی المال مطلقا و أهمیّتها علیه دائما فتدبّر! «منه رحمه اللّه».

المغصوب منه، فتأمّل! و من المعلوم عدم التفصيل فی باب العدوان بین مثله و غیره.

و بالجمله؛ هـذا سرّ عدم جریان قاعده حفظ النفس و وجوبه فی مثل الغاصب، و لهذه الجهه مال- دام ظلّه- فی آخر کلامه إلی ما ذکرنا.

هذا مضافا إلی أنّ وجوب بذل المال لحفظ النفس حکم مخالف للأصل لا بدّ من الوقوف علی موضع الیقین.

و أمّا إذا کان الغاصب حین التصرّف جاهلا، کما إذا زعم- فی المثال المـذکور- کون الخشـبه مالا لنفسه موروثا له من أبیه، أو ظنّ الحجر کـذلک فوضـعه تحت البناء، أمّا إذا کان یتوقّف فی هـذه الصوره حفظ نفس الغاصب علی إبقاء بنائه فی المغصوب، فلا شبهه فی أنّه لا یجوز للمغصوب منه مطالبه ماله و أخذه، لعدم کون الغاصب عادیا حتّی ینتفی احترام نفسه لإقدامه.

و أمّـا حفـظ مـاله و احترامه بـأن یقـال: هـل لصـاحب الحجر أخـذ حجره و لو أوجب تلف مـال الغاصب من خراب بنائه من غیر تدارک خسارته، أم لیس له ذلک، بل لمّا یصیر سببا لتلف ماله بتخلیص مال نفسه فعلیه التدارک؟

أمّـا مـا قلناه فی الصوره الاولی من عـدم احترام مثل هـذا المال المبنیّ فی مال الغیر، و لـذلک تثبت السـلطنه للمغصوب منه علی خراب بنائه، فإنّما هو کلام بالنسبه إلی خصوصیّه العین المبتیّه لا إلی أصل المالیّه.

و أمّـا الکلام فی أصل مالیّته فقال- دام ظلّه-: فإنّما هو مبنیّ علی جریان مثل «لیس لعرق ظالم حقّ» (۱) و نظیره فیه و عدمه (۲)، فإن قلنا بأنّ المراد بها عدم

۱- وسائل الشیعه: ۲۵/ ۳۸۸ الحدیث ۳۲۱۹۴.

۲- کما أجریناه بالنسبه إلی أصل خصوصیّه بنائه و ماله، «منه رحمه اللّه».

ثبوت الحقّ المستلزم لسلب احترام المال للغاصب الواقعى، أى ما كان متعدّيا واقعا و لو كان جاهلا فى الظاهر، فلا ضمان على المغصوب منه المخلّص ماله فى تخريب بناء الغير.

و إن قلنا: إنّ المراد به هو ما كان غاصبا ظاهرا أيضا، فلازمه القول بالضمان.

و الأقوى الثانى؛ لصحّه سلب هذا العنوان و مثله عن الجاهل المتصرّف فى مال الغير، بل لا يصدق عنوان الغاصب و الطاغى أيضا عليه، كما لا يخفى، فإذا لم تسقط ماليّه بنائه عن الاحترام، فلمّا كان تخريب بنائه يرجع إلى نفع صاحب الحجر ففى الحقيقه هو سبب لتلف ماله، و يستند التلف إليه، فبمقتضى قاعده الإتلاف يكون لماليّته [ضمان]، فيجب عليه تدارك قيمه بنائه على التفصيل الّذى قلنا فيما لو كان الغاصب فى الإحداث ذا حقّ، هكذا أفاد- دام ظلّه- هنا، و فى الفرع الآتى؛ و هو ما لو خاط ثوبه بخيط مغصوب جهلا و ألزم المالك إخراج الخيط فاستلزم ذلک فساد الثوب، فالتزم فيه أيضا بضمان صاحب الخيط المغصوب منه جهلا قيمه الثوب للغاصب الجاهل.

أقول: بعد أن بيّنا فى أوّل الباب أنّ مسأله الضمان الناشئ من ناحيه الغصب، و كذلک الثابت بمقتضى «على اليد» (۱) ليس مختصّا بالعالم، بل حكم سار فى جميع المقامات كسائر الأحكام الوضعيّه، خصوصا باب الضمان الّذى لا مدخليّه للعلم و الجهل و كذلک البلوغ و عدمه فيه أصلا، فمقتضى ذلک؛ الحكم

۱- عوالى اللآلى: ۱/ ۲۲۴ الحديث ۱۰۶، و ۳۸۹ الحديث ۲۲، و ۲/ ۳۴۵ الحديث ۱۰، و ۳/ ۲۴۶ الحديث ۲، و ۲۵۱ الحديث ۳.

بضـمان الغـاصب مطلقـا، و يجب عليه ردّ العين المغصوبه على صـاحبه و لو اسـتلزم ردّه ضـررا عليه، حتّى لو احتـاج ذلـك إلى صرف المئونه يجب عليه ذلك، و لا ربط لها بالمغصوب منه، بل و لا يوجب التعسّـِر، و باحتياج إيصال العين إلى مئونه زائـده لا تنقلب العين إلى القيمه ما لم يرض المالك.

و بـالجمله، لاـ يسـقط حـقّ المالـك عن العين مـا دامت بـاقيه، و لو اسـتتبع ذلـك- أى الردّ- الضـرر على الغـاصب، و ليس على المغصوب منه تدارك ذلك أصلا، كما لا يخفى.

و من المعلوم؛ أنّه لاـ فرق فى هـذه الجهه بين الجاهـل بـالغصب و عالمه، كما بالنسبه إلى أصل الضـمان، فلا وجه للتفصـيل بين الجاهل و العالم فى الخساره المتوجّهه إليهما المستتبعه لردّ العين إلى صاحبها.

و أمّا حديث أنّ تخريب البناء لمّا كان لنفع المغصوب منه فهو سـبب للتلف و أوجب الضـرر على صاحب البناء، فبمقتضى قاعده «من أتلف» (۱) يجب عليه تـدارك الخسـاره فلاـ أصل له، ضـروره أنّ جهاله البانى أوجبت إقـدامه على البناء فى مال الغير، فهو بنفسه متلف لمـاله بجهله، و أىّ ربـط له بـالمغصوب منه، و إنّمـا هو بحسب اقتضـاء سـلطنته على ماله يطالب ماله و يأخـذه، و لو أوجب إيصـال مـاله إليه إتلاـف مال على الغاصب الّـذى بناؤه هـذا فى ملك الغير جهلا كالبناء فى المسأله الموجب ذلك تلف مـاله، فلاـ وجه لتضـمينه المغصوب منه، أو منعه عن مـاله و سـلطنته عليه، فـإنّ إلزام المغصوب منه على أدائه الخسـاره يرجع إلى إلزامه بأحد الأمرين، من أخذ بدل مال أو قيمته، أو أخذ عين ماله مع ضمانه ما يستتبع

۱- جواهر الكلام: ۳۷/ ۶۰.

وصول ماله به الضرر المتوجّه إلى المالك.

و الأوّل منفيّ بالإجماع بل الضروره؛ لعدم مجوّز شرعيّ على منع المالك عن عين ماله و حرمانه عنه و تبديله إيّاه فى مثل المقام، بل ربّما لا يرضى الغاصب على ذلك أو لا يقدر، فيصير المحذور أشدّ.

و الثانى؛ أيضا منفيّ قهرا مع عدم المقتضى له أصلا، كما عرفت، هذا ما أدّى إليه نظرى القاصر فى المقام، و لعلّه يأتى بعد ذلك إن شاء اللّه من إفاداته- دام ظلّه- ما يكشف به القناع عن المرام، فإن المسأله من أهمّ المسائل، و اللّه العالم بحقائق الأحكام.

و أمّا معين الغاصب، فظهر حاله من الصور السابقه، فإنّه إن كان عالما بالغصب فحاله حال الغاصب فى ضمانه و عدم احترام ماله فيما إذا توقّف تخلّص المال المغصوب على تلفه، و إن لم يكن كذلك فهذه الأحكام مختصّه بالغاصب، ففى مثل السفينه الجاريه فى البحر الّتى قد غصبت فأراد صاحبها أخذها فى لجّه مع أنّه يتوقّف على أخذه إتلاف المال، فإن كان [المال] للغاصب قد عرفت أنّه لا احترام لمثل ماله هذا، فلا يمنع ذلك المغصوب منه عن مطالبه ماله و أخذه السفينه.

و إن توقّف تلف مال غير الغاصب عليه فإن لم يكن مغرورا من طرف غاصب السفينه فحاله حال الغاصب الجاهل، و إن كان مغرورا من طرفه فضمان تلف ماله على غارّه فيرجع إليه.

و لا يخفى أنّه لا فرق فى ما ذكرنا فى جميع الصور فيما يجوز إتلاف مال الغير و ما لا يجوز بين أن كان تلف المال رأسا بمادّته و هيئته، أو بهيئته فقط،

فضـمان المتلف و عـدمه تـابع لمورده، بمعنى أنّه إن كـان يجوز له- أى المغصوب منه- تخريب البنـاء لتخليص ماله بلا ضـمان، فيجوز له ذلك، و لو لم يبق من المادّه و لا الهيئه شـى ء، و إن جاز له ذلك مع الضـمان فهو تابع لمقـدار الخساره الوارده هيئه و مادّه، و إن لم يكن له ذلك أصلا فمعلوم حكمه، فتأمّل!

و أمّا فيما توقّف تخليص المال على إتلاف حيوان، فيأتى حكمه و صوره فى الفرع الآتى.

حكم الخيط المغصوب فى الثوب

الفرع الثانى: قال فى «الشرائع»: (و لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبه فإن أمكن نزعها) .. إلى آخره (۱).

إنّ لهـذه المسـأله صورا؛ لأـنّ الخيّـاط إمّـا أن يكون عالمـا بغصبيّه الخيـط أو يكون جاهلاـ و فى كلّ منهما إمّا أن يكون الثوب لنفسه أو لغيره، و فى كلّ منها إخراج الخيط إمّا أنّه موجب لفساده أم لا؟

أمّـا الصوره الاولى؛ و هى ما لو كان الغاصب عالما بالغصب و كان الثوب لنفسه، فلا إشـكال فى وجوب نزع الخيط و إن أوجب فسـاد نفسه و فسـاد الثوب، و لاـ يتفاوت فى ذلك بين أن لا يبقى للخيط بعـد الإخراج قيمه أو بقى له، فعلى كلّ حال يجب على الغاصب بذل التفاوت و ردّ نفس العين، و إن لم يبق لها بعد الإخراج ماليّه.

أمّا الأرش فلأنّ فعل الغاصب أوّلا أوجب تلف الخيط و فساده، و إن كان

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۳۹.

فساده فعلا إنّما هو للإخراج المستند إلى أمر المالک إلّا أنّ ذلک لا یوجب استناد التلف إلیه، و ذلک لأنّه لیس یأمر بالتلف، بل إنّما هو یطالب ماله المستلزم وصوله إلیه تلفه المستتبع للضرر علی الغاصب، و ذلک إنّما یکون کما إذا حمل الغاصب العین إلی بلاد نائیه فطالبها مالکها فیستلزم إیصالها إلیه إلی صرف المئونه، فلا ریب أنّه لا یقال فی مثل ذلک: إنّ أمر المالک و مطالبته ماله أوجب الخساره علی الغاصب، فکذلک فی ما نحن فیه.

و بالجمله، ما دامت عین ماله باقیه فللمالک مطالبتها و أخذها بخصوصیّتها أو بمرتبته منها بقدر الإمکان، مع تدارک باقی مراتبها التالفه منها بالأرش، و لا دلیل لسقوط حقّه عنها أصلا.

و ممّا ذکرنا ظهر وجه وجوب إخراج الخیوط و ردّها إلی مالکها و لو لم یبق لها قیمه بعد الإخراج، و ذلک لما عرفت من أنّ ما دامت عین مال المالک موجوده فله مطالبتها، و علی الغاصب إیصالها إلیه، و لا موجب لخروجها عن ملکه و دخولها فی ملک الغاصب.

و أمّا ما یؤدّیه الغاصب و یلزمه من الأرش أو القیمه بعد الإخراج (۱) فأوّلا؛ لا یوجب ذلک خروج عین المال الموجود فعلا عن ملک مالکه، و أمّا أنّه لمّا یستلزم إخراجه تلف مالیّته بعد ذلک الموجب لسقوط العین عن الاحترام فأیّ ربط له بالحال الفعلی- و هو حال وجود الخیط فی الثوب- فأیّ موجب لسقوط حقّه عن ماله الموجود؟

و ثانیا؛ إنّ باب الضمانات لا ربط له بباب المعاوضات، فإنّ ما یعطیه

۱- فیما لو نقصت قیمته أو تلف رأسا، «منه رحمه اللّه».

الضـامن بـدلا عن التالف إنّما هو غرامه لا عوض حتّى يوجب ذلك دخول ما بقى من التالف- و هو العين- فى ملك الغارم، بل ما يغرمه إنّما هو عوض عن ماليّه العين الفائته و تـدارك عنها، لا أن يكون بـدلا عنها فيوجب ذلك خروج المبدل منه عن ملك المالك.

فانقـدح بـذلك؛ التحقيق أنّ للمالك مطالبه ماله المغصوب و لو انجرّ إيصاله إليه إلى نقص فيه، أو سـقوطه عن الماليّه رأسا، بل يجب على الغـاصب ردّ ما بقى من أجزائه إليه و لو لم يكن لها قيمه كالكأس المكسور، ضـروره أنّ السـلطنه الثابته للمالك على مـاله ليست دائره مـدار المـاليّه، بـل هى تـابعه للملكيّه، و من البـديهه أنّها أعمّ من الماليّه، فما لم يعرض المالك عن ملكه أو لم ينقل ماله بأحد النواقل الشرعيّه لا يقتضى شى ء انقطاع سلطنته عن ملكه و سقوط حقّ مطالبته ماله.

و من ذلك؛ ظهر النظر فى كلام المحقّق قدّس سـرّه فى المقام و كذلك صاحب «الجواهر» (۱) و قد أصرّ قدّس سرّه تبعا للماتن فى أنّه إذا كـان إخراج الخيط مسـتلزما لتلفه فتنقلب العين إلى القيمه؛ لأنّ ما يعطيه الغاصب بعـد الإخراج إنّما جعل ذلك بحكم الشـارع عوضـا عـن التـالف، فيكـون بـدلا عنه فمع ذلـك لـو وجب عليه الإـخراج ثمّ ردّه مع قيمته، يلزم الجمع بين العـوض و المعوّض، ثمّ حكم بجواز الصـلاه بعـد ردّ قيمه الخيـط فى مثـل هـذا الثوب، و قايس المقام رحمه اللّه بما لو توضّأ بماء مغصوب جاهلا فالتفت إليه بعـد تماميّه غسـله، فيجوز له المسح بالرطوبه الباقيه عن هذا الماء لجريان عين مناطه، و هو عدم غصب موجود الآن يجب ردّه فى هذا الثوب

۱- جواهر الكلام: ۳۷/ ۷۹.

المخیط بخیط مغصوب بعد ردّ قیمته.

و أنت خبیر؛ بأنّه لا مجال لهذا الکلام بعد ما عرفت من أنّ باب التضمینات لا یرتبط بباب المعاوضات، و أنّ ما یلزم علی الضامن لیس إلّا الغرامه و لم یعهد من الشرع أبدا أن یکون تضمین المالک من المخرجات، خصوصا مثل المقام الّذی قد عرفت أنّ عین مال المالک موجوده، فکیف یمکن أن یقال بأنّ ما علی الغاصب من الغرامه بعد الإخراج عوض عن الخیط قبل أن یخرج؟

و أمّا قیاسه المقام بالماء المغصوب المتوضّأ به؛ فبعد التسلیم فی المقیس علیه یمکن الدعوی جدّا بالفرق بینهما، فإنّ الماء المتوضّأ به بعد الفراغ عن الغسل لیس بعد شیئا موجودا، بل العرف یراه معدوما، و لذلک ینقلب إلی البدل قهرا، بخلاف الخیط فی الثوب فإنّه بعد إخراجه و تقطیعه بحیث یسقط عن المالیّه یراه العرف موجودا، فکیف بحال عدم إخراجه و ثبوته بحاله فی الثوب، فالحقّ عدم جواز صلاته فی الثوب من هذه الجهه ما لم یرض المالک.

أقول: یمکن أن یکون نظر المحقّق قدّس سرّه و تابعیه إلی أنّه عند إخراج الخیط عن الثوب الموجب ذلک لتلفه و إن کان بمباشره الغاصب، إلّا أنّه لمّا یفعل ذلک بأمر المالک و إلزامه فیصیر السبب أقوی، فلذلک یمکن الدعوی بأنّ التلف یستند إلی المالک الآمر، و لیس یستند إلی المباشر، لا بفعله الآن لما عرفت من أنّه ملزم و مأمور، و لا بفعله السابق لأنّ خیاطته ما أوجبت تلف الخیط، و لذلک یری الخیط الآن فی الثوب بشخصیّته و مالیّته موجودا (1)، فیصیر الموجب للتلف شخص المالک بأمره، فإذا صار هو بنفسه متلفا لما له فلم یلزم المباشر بالغرامه؟

۱- کما کان ذلک مبنی الحکم بوجوب ردّ العین، «منه رحمه اللّه».

و بتقريب آخر؛ إنّ الدليل على وجوب ردّ العين إنّما هو «قاعده اليد» المقتضيه لوجوب ردّ العين ما دامت موجوده لأن تصل إلى صاحبها فهى إنّما تجرى فيما إذا أمكن ذلك.

و أمّا إذا لم يمكن ذلك، كما إذا توقّف إيصال العين إلى صاحبها على تلفها المستلزم ذلك لعدم وصولها إليه- كما فى ما نحن فيه- فكيف تجرى هـذه القاعده، مع أنّه بناء على إلزام الإيصال، يستلزم عدم الإيصال فيصير من قبيل ما يلزم من وجوده عدمه؟ فلاـ محيص من أن يلتزم بأنّ نتيجه جريان «قاعده اليد» فى المقام إنّما هو ضـمان الغاصب المثل أو القيمه، و لا يقاس المقام بما إذا استلزم الردّ مصارف، فكيف يكون هناك خسارتها على الغاصب حتّى تصل العين إلى صاحبها، فكذا إذا أوجب إيصال العين تلفها، و ذلك- أى وجه الفرق- هو أنّ خساره الإيصال بمعنى أنّ مقدّمه وصول المال إلى صاحبه إنّما تكون على الغاصب فيما إذا أمكن وصول المال، لاـ فيما إذا كان مقدّمه إيصاله عين إتلافه، و المحذور أنّه كيف يجرى فى مثله عنوان المقدّميه؟ فلا تغفل!

و بالجمله؛ فهؤلاـء الأساطين كالمحقّق و العلّامه و الشهيد الأوّل قدّس اللّه أسرارهم، و بعض من تأخّر عنهم لمّا لم يروا فى المسأله مقتضيا للحكم بضمان الغاصب قيمه الخيط بعد تلفه بإخراجه بأمر المالك، فالتزموا من أوّل الأمر بضمانه القيمه و انتقال الخيط المغصوب إلى الغاصب بالمعاوضه القهريّه (۱) فكأنّهم رأوه بحكم التالف، و تعبير صاحب «الجواهر» قدّس سرّه بالعوض و المعوّض (۲)

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۳۹، تذكره الفقهاء: ۲/ ۳۹۶ ط. ق، الدروس الشرعيّه: ۳/ ۱۰۹ و ۱۱۰.

۲- جواهر الكلام: ۳۷/ ۸۰.

ليس مراده قدّس سرّه بعنوانهما المعاملى، بل المراد هو ما أشرنا [إليه] من المعاوضه القهريّه.

نعم، إنّما الإشكال فى أنّه مع بقاء المال بعينه و عدم صيرورته تالفا حقيقه، و لا بحكم التلف كالمال الغريق، فأىّ موجب لانتقاله إلى القيمه فى ظرف وجود العين و بقاء ماليّتها؟

و لمّا لم يكن عدم جريان قاعده لعدم المقتضى- و هو عدم وجود العين- أو عدم احترامها، بل كان للمانع، و كذلك استناد الإتلاف لو اخرج بإلزام المغصوب منه بعد ذلك إلى المالك؛ ليس ذلك أيضا موجبا لخروج المال عن تحت سلطنه المالك فعلا و انقلابه بالقيمه، كما لا يخفى.

فلذلك لا يبعد الدعوى أنّ القاعده تقتضى الحكم بالشركه، أى شركه صاحب الخيط مع صاحب الثوب فيه بنسبه قيمه الخيط، نظير ما لو اختلط مال المغصوب منه مع مال الغاصب بحيث لا يمكن تمييزهما، و إن لم يحتمل ذلك على الظاهر.

و لكن لمّا لم يكن فى المسأله نصّ يخالفه ما احتملناه، و كذلك لم تكن المسأله إجماعيّه، فلا ينبغى الوحشه عن الانفراد، بعد ما عرفت من عدم مساعده الدليل و القاعده لما أفتى به الطرفان، بل مقاله كلّ منهما مخالفه للقاعده من جهه، و لكن هذا إذا كان إيصال المال و إخراج الخيط مستلزما لسقوطه عن الماليّه رأسا، حتّى لا يبقى له قيمه و لا صفه الملكيّه الموجب ذلك محذورا آخر، مضافا إلى ما ذكرنا، و هو مسأله التبذير المحرّم.

و أمّا إذا لم يوجب ذلك بل يبقى له مقدار من الماليّه، فالحقّ هو ما أفتى به-

دام ظلّه- وفاقا للمشهور، و وجهه يظهر ممّا ذكرنا.

و أمّا ما أفاده- دام ظلّه- من الفرق بين المقام و الماء المغصوب المتوضّأ به فلا يخلو عن التأمّل أيضا، و ذلك لأنّ حكم العرف بكون الماء تالفا بعد الغسل كيف يوجب الحكم بجواز الانتفاع بما بقى من آثار المغصوب؟ لأنّ المفروض أنّ باب الضمان ليس من باب المعاوضه حتّى يجوز الانتفاع بما يبقى من العين ما لم يرض المالك به، فما المصحّح لهذا الانتفاع بعد تسليم عدم انتقال العين و ما يبقى منها إلى الغاصب، و لو مع دفعه الغرامه؟ مع إمكان منع الحكم بصيرورته تالفا بقول مطلق، و إلّا لم يمكن الانتفاع منه، و لا- إشكال أنّ انتفاع كلّ شى ء بحسبه و المسح نوع من الانتفاع، فيستكشف من ذلك بقاء مرتبه و درجه من العين.

هذا؛ إذا كان الغاصب عالما، و أمّا إذا كان جاهلا- فظاهر كلامهم يعطى عدم الفرق بينهما، و أمّا ما احتمله من الاشتراك و الشركه تجرى فى هذه الصوره بطريق أولى، كما لا يخفى.

و أمّا حكم الثوب لو استلزم إخراج الخيط خرق الثوب (تخريقه) فظاهر ما استفدت من كلامه- دام ظلّه- الفرق بين ما لو كان الغاصب جاهلا و عالما، فالتزم فى الثانى بعدم ضمان صاحب الخيط لخساره الثوب، مستدلّا بقوله عليه السّلام: «ليس لعرق ظالم حقّ» (۱) و نظيره، من كونه بإقدامه أتلف ماله و أضرّ بنفسه، بخلاف ما لو كان جاهلا، فلمّا يستند خرق الثوب فى صوره جهل الغاصب إلى المغصوب منه، فيكون ضامنا للخساره المتوجّهه إلى صاحب الثوب بسبب إخراج الخيط.

۱- وسائل الشيعه: ۲۵/ ۳۸۸ الحديث ۳۲۱۹۴.

و هذا على مبنى كلامه السابق، و قد أوضحنا عدم تماميّه هذا الكلام.

و أمّا لو كان الثوب لغير غاصب الخيط، فإن كان الغير عالما بالغصب فحكمه حكم الغاصب، و إن كان جاهلا فليس عليه شى ء، و ضمان تخريق ثوبه لو استلزم على الخيّاط مع علمه، و إلّا فعلى صاحب الخيط على مبناه- دام ظلّه- و أمّا على ما بيّنا من عدم ضمان المغصوب منه مطلقا فيقع الكلام بين ضمان الخيّاط و عدمه، و الظاهر عدم مانع من الالتزام بضمان الخيّاط؛ لجريان قاعده الإتلاف، و اللّه العالم.

الفرع الثالث: قال فى «الشرائع»: (و كذا لو خاط بها جرح حيوان له حرمه) .. إلى آخره (۱).

هنا أيضا صور؛ لأنّ الحيوان إمّا أن يكون آدميّا أو غيره، و كلّ منهما إمّا أن يكون محترما أو لم يكن كذلك، و الغاصب إمّا أن يكون عالما أو جاهلا، و المخيط عليه إمّا نفس الغاصب أو حيوانه أو غيرهما، و الإخراج فى جميع الصور إمّا أن يوجب التلف أو الشين و نحوه [أولا].

أمّا إذا كان خيط به جرح الآدمى مع علمه بغصبيّه الخيط فالكلام فيه هو الكلام فى ما سبق، و قد عرفت أنّ مقتضى ما يظهر من بعض الأدلّه عدم وجوب حفظ نفس الغاصب، و سقوطه عن الاحترام بغصبه فلا مانع من سلطنه صاحب الخيط و إجرائها بإخراج خيطه، سوى استبعاد أنّه كيف يلتزم بجواز إتلاف نفس لإخراج خيط.

مع إمكان الجواب عن هذا الاستبعاد بما اجيب به عن استبعاد قطع يد

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۳۹.

السارق إذا سرق ربع دینار من أنّه لا احترام لمثل هذه الید (۱)، و کذلک لا احترام للغاصب لکونهما مشترکین فی العدوان، و أنّه لا یتلفه أحد و إنّما المتلف هو نفسه بعدوانه و غصبه، و لو کان المباشر لإخراج الخیط الموجب ذلک للتلف، إلّا أنّه یمکن الدعوی قریبا بأنّ السبب هنا مقدّم علی المباشر.

نعم؛ لو کان مضطرّا من أوّل الأمر فکما یجب علی المالک بذل ماله و خیطه لحفظ نفس الغیر یجوز بل یجب علی الغیر أیضا التصرّف فی ماله و لو بدون إذنه لحفظ نفسه، و ذلک لعدم سقوط نفسه عن الحرمه فی الرتبه السابقه علی الاضطرار.

و بالجمله؛ الاستبعاد لا- یمنع عمّا تقتضیه الأحکام الشرعیّه، فإن تمّ الإجماع فی المسأله فلیس للمالک إخراج خیطه، و إلّا فقد عرفت أنّ مقتضی القواعد له ذلک، و لیس شی ء یمنع من سلطنته علی ماله، و أسهل من ذلک ما لو أوجب إخراج الخیط ما تتعب به نفس الغاصب من الشین و نحوه، فعلی ما تقتضیه القاعده المعروفه المرتکزه فی أذهان العرف من أنّ «الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال» (۲) هو الحکم قویّا بجواز إخراج الخیط للمالک، و کون مثل ذلک موجبا لسقوط التکلیف الشرعی و هو الوضوء و تبدّله بالتیمّم لا ربط له؛ لأنّ المناط فی الأحکام التکلیفیّه غیره فی الأحکام الوضعیّه، مع أنّ تشبیه المقام بباب الوضوء قیاس محض، و لیس فی البین مناط (۳) منقّح، بل القیاس قیاس مع

۱- جواهر الکلام: ۴۱/ ۴۹۵.

۲- جواهر الکلام: ۳۷/ ۱۰.

۳- لأنّ حدّ الحرج الّذی یوجب سقوط الحکم التکلیفی غیر الحدّ الّذی یوجب سقوط الحکم الوضعی الموجب لجواز التصرّف فی مال الغیر، فلا تغفل! «منه رحمه اللّه».

الفارق (۱)، و لقد أجاد [صاحب] «الجواهر» فی المقام فراجع (۲)!

و أمّا فیما لو کان الغاصب جاهلا فلا إشکال فی عدم جواز إخراج الخیط حتّی فیما لو أوجب (۳) الشین، بل یتعیّن ردّ القیمه أو المثل؛ لعدم جریان ما سبق فی هذه الصوره.

و أمّا لو کان حربیّا فیجوز الإخراج بلا إشکال، لعدم احترام لنفسه حتّی یمنع من جریان قاعده السلطنه، بخلاف ما لو کان ذمیّا، فحکمه حکم المسلم جاهلا أو عالما.

و أمّا حکم الحیوان؛ فإمّا أن یکون ما یجوز ذبحه أو لا یجوز:

أمّا الأوّل؛ فإن کان إخراج الخیط موقوفا علی ذبحه، فإن لم نقل بکون الذبح أمرا خارجا عن مقدّمه تخلیص المال، بمعنی أن نقول: إنّه تصرّف زائد علی ما یجوز التصرّف فی مال الغیر مقدّمه لتخلیص المال، کما لا یبعد القول به، لأنّ العرف لا یری مثل ذلک من المقدّمات، بل یراه من المقدّمات البعیده و تصرّفا زائدا علی قدر الحاجه فی مال الغاصب.

و بالجمله؛ فإن لم یلتزم بذلک فیجوز للمالک إخراج الخیط، و یجب علی المالک الغاصب ذبح الحیوان، و أمّا إذا کان حیوانا محترما لم یجز ذبحه کالکلب المعلّم، فلمّا لا یبعد أن یقال: إنّه لیس لمثل هذا الحیوان من حیث نفسه احترام و إنّما احترامه من جهه مالیّته العارضه علیه بسبب التعلیم و غیره، فحال مثل هذا

۱- مع أنّ فی باب الوضوء أیضا کلام فیما لو جعل المکلّف نفسه باختیاره فاقدا للشرط، «منه رحمه اللّه».

۲- جواهر الکلام: ۳۷/ ۸۰ و ۸۱.

۳- کذا، و الصحیح: لو لم یوجب.

الحیوان حال سائر أموال الغاصب، و هو تابع لجواز إتلاف ماله مقدّمه لوصول المغصوب منه إلی ماله، فمن حیث نفس الحیوان؛ لمّا لم یکن لروحه احترام لا- یلحق ذلک بما إذا خیط بالمغصوب جرح حیوان محترم حتّی یجعل الخیط بحکم التلف، مع وجوده عینا لمانع الإخراج.

و أمّا إذا کان الحیوان المحترم لغیر الغاصب فیظهر حکمه ممّا سلف، و کذلک لو خیط به جرح الغیر نفسه أیضا مضی حکمه بجمیع صوره من جهل الغیر و علمه و غیره.

و أمّا إذا کان الآدمی المخیط علیه المغصوب میّتا، فهل یجوز إخراج الخیط عن جسده أم لا؟ فالظاهر أنّه لا یجوز؛ لأنّ احترام میّت الآدمی کاحترام حیّه، و إن استثنی من حرمه نبش القبور الّذی هو أیضا مخالف لاحترام المیّت الّذی لا یبعد أن یکون ما نحن فیه من قبیلها، خصوصا فیما إذا أوجب الإخراج مثلته، فالقول بجواز الإخراج لیس ببعید.

أقول: و قد استشکل الأصحاب- أی بعضهم- فیما لو دفن المیّت فی أرض مغصوبه؛ جواز نبش القبر لإخراج المیّت و تخلیص الأرض مطلقا، و لو لم یوجب مثلته (۱) لأنّ احترام المیّت واجب علی کلّ أحد الّذی منهم المغصوب منه الأرض، و لیس ذلک إلّا لکون المغصوب منه مخالفا فی ذلک النبش لتکلیف نفسه فکیف یلتزم به فی المقام مع استلزام إخراج الخیط مثله المیّت غالبا؟ إلّا أن یفرّق بین أن یکون المیّت فی حال حیاته بنفسه مع علمه بکون الخیط مغصوبا ارتکب ذلک و خاطه علی جرحه، و بین ما إذا لم یکن عالما بغصبیّه الخیط و صدور ذلک

۱- مجمع الفائده و البرهان: ۲/ ۵۰۴، جواهر الکلام: ۴/ ۳۵۴.

عنه جهلاـ إمّا بنفسه أو عالجه الطبيب، بأن يقال بأنّه لمّا ارتكب بنفسه فى الأوّل و أقدم على ذلك فهو أوجب سقوط الاحترام عن نفسه حيّا و ميّتا، فلا مقتضى لاحترام جسده بعد موته، بخلاف الثانى، فإنّه لمّا أقدم على المحرّم و هو الخياطه بخيط الغير على جرحه جاهلاـ بذلك، فلاـ موجب لسقوط الاحترام عن جسده بعد موته، بل يجب على كلّ أحد حفظ حرمته، فلمّا يقع التعارض بين حفظ حرمته و حرمه مال الحىّ فالجمع بينهما بعد عدم ثبوت الترجيح يقتضى الحكم بأخذ المغصوب منه قيمه خيطه من تركه الميّت أو من بيت المال، إن لم يكن له تركه، كما أفتى بذلك فى «الجواهر» فى باب أحكام الميّت (۱) و إن افتى بخلافه فى المقام بترجيح رعايه حرمه الحىّ (۲).

و العجب؛ أنّه كيف التزم بذلك مع أنّ المقام أولى بترجيح ملاحظه حال الميّت و رعايه الجمع بين الحقّين و كذلك رعايه الاحتياط، لما أشرنا من لزوم إخراج الخيط مثلته غالبا، بخلاف إخراجه عن أرض مغصوبه، فتدبّر!

و كيف كان؛ الفرق أيضا لا يخلو عن تأمّل جدّا، ضروره أنّ إقدامه على التصرّف فى مال الغير لخياطته جرحه فى حال حياته لا ربط له بحال موته الّذى خرج به عن التكليف و صار موضوعا لتكليف الأحياء، فكيف يمكن الالتزام بأنّ إقدامه فى حياته أسقط احترامه بعد وفاته المستلزم ذلك سقوط التكليف عن الأحياء و جواز ارتكابهم الحرام؟ فالأولى هو رعايه حال الميّت الآدمى و احترامه لو كان محترما مطلقا- أى لم يكن حربيّا- و الجمع بين الحقّين بأخذ

۱- لاحظ! جواهر الكلام: ۴/ ۳۵۴.

۲- ذكرى الشيعه: ۲/ ۸۱.

المغصوب منه قیمه ماله کما هو ظاهر إطلاق کلام المحقّق و غیره قدّس اللّه أسرارهم (۱).

و أمّا حکم صلاه غاصب الخیط المخیط به جرحه- و بنینا علی عدم جواز الإخراج و تعیّن أخذ القیمه- فلا إشکال فی صحّه صلاته و کلّ عبادته، و ذلک لما حقّقنا فی باب اجتماع الأمر و النهی أنّ ما یضطرّ به من التصرّف فی المغصوب بعد الغصب فلیس منهیّا عنه، لعدم کونه من الأزل تحت الاختیار، و لا ینافی ذلک کون أصل تصرّفه و دخوله فی الدار المغصوبه منهیّا عنه، و کون تصرّفه الاضطراری هذا أیضا مصداقا للغصب، إلّا أنّ الغصب و التصرّف بحدّه الّذی یکون تحت الاختیار- و هو الدخول- ممنوع عنه، دون ما لم یکن کذلک کما فی المقام، فإنّ فی التصرّف فی الخیط من حیث بقائه و عدم إخراجه مضطرّ إلیه من الأزل، فلا یتعلّق به النهی من الأزل أیضا، و أمّا من حیث دخوله فلا نهی أیضا لسقوطه بالعصیان، فلا مانع من صحّه صلاته، کما لا یخفی.

ضمان المثل أو القیمه عند حدوث العیب فی المغصوب

الرابع: قال فی «الشرائع»: (و لو حدث فی المغصوب عیب مثل تسویس التمر) .. إلی آخره (۲).

لا یخفی؛ أوّلا أنّه لا سبیل إلی ما التزمه الشیخ رحمه اللّه فی المقام من سقوط حقّ المالک عن العین بسبب طروّ العیب علیها (۳).

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۳۹، جامع المقاصد: ۶/ ۳۰۴ و ۳۰۵.

۲- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۳۹.

۳- المبسوط: ۳/ ۸۲ و ۸۳، لاحظ! جواهر الکلام: ۳۷/ ۸۳.

ضروره؛ أنّه لا دليل على خروج المال عن ملك صاحبه بمثل ذلك كما لا يخفى، إنّما الإشكال فى أمرين:

الأوّل: أنّه إذا أخذ المالك قيمه العيب الفعلى الموجود فى العين هل يستحقّ أرش ما يزداد من العيب أيضا بعد ذلك أم لا؟ و الظاهر؛ أنّه لا خفاء فى ذلك- أى استحقاقه الأرش بزياده العيب الحادث أيضا إذا كان مستندها فعل الغاصب و العيب الحادث عنده، و ذلك لأنّ ما يأخذه أوّلا من الأرش إنّما هو بدل عن العيب الموجود، و لا ربط له بما يحدث بعد ذلك و الآن معدوم.

و دعوى أنّه يمكن بأن يقوّم العيب الموجود مع ما يحدث بعد ذلك جميعا فيأخذ القيمه كذلك حتّى لا يستحقّ بعد ذلك شيئا، بمعنى أنّ العيب لمّا كان يقوّم بما هو مستتبع لما يحدث و يزيد؛ ففى الحقيقه ما يأخذه أوّلا يكون أرشا للمجموع، كما أنّ فى البيع يكون كذلك، أى لا يستحقّ المشترى أرش العيب إلّا ما هو الموجود حين العقد. مدفوعه؛ بأنّ المالك لا يستحقّ أزيد من أرش العيب الموجود، و لا دليل على جواز ضمّ ما يحدث بعد ذلك، مع كونه مشكوكا فيه إلى الموجود فعلا، و أمّا فى باب البيع فلأنّ القدر المسلّم من الدليل المثبت لأرش العيب هو أرش العيب الموجود حين العقد و ما دام كون المبيع فى ضمان البائع، و أمّا بعد خروجه عن ضمانه فلا مقتضى للالتزام بضمان العيب الحادث بعده، بخلاف باب الغصب فإنّ المقتضى- و هو كون يد الغاصب عدوانيّا و صدق نسبه الإتلاف المستند إلى العيب إلى الغاصب- موجود، للحكم بضمانه، فتأمّل!

الثانى: أنّه لو تلف المغصوب من جهه تزايد العيب المحدث عند الغاصب، هل يكون ضمان التلف، و كذلك زياده العيب على الغاصب مطلقا، و لو كان من

جهه ترک العلاج المستند إلی المغصوب منه أم لا- بل فیما إذا لم یکن التلف و الزیاده من جهه ترک العلاج یکون ضمانه علیه، و إلّا فلمّا کان التلف یستند إلی ترک العلاج الّذی سببه المالک فیکون هو فی الحقیقه مباشرا للتلف، فلا ضمان علی الغاصب؟

ظاهر إطلاق کلماتهم، الأوّل، و لکنّ الحقّ التفصیل بین ما إذا کان العیب سهل العلاج و بین ما إذا لم یکن کذلک؛ بمعنی أنّه لو کان العیب بحیث یکون قابلا للعلاج فعلا حتّی لو تلف لم یستند إلی العیب المحدث، بل العرف یسنده إلی ترک العلاج لا إلی نفس العیب و بطئه، فلمّا یصدق فی مثل ذلک کون تارک العلاج متلفا، فلا موجب للالتزام بضمان الغاصب.

و أمّا لو لم یکن کذلک، بل کان قابلا للعلاج و لکن تحصیل أسبابه موقوف علی مقدّمات بعیده متعبه بحیث لو تلف لم یستند عرفا إلی ترک العلاج، بل إلی بطء المرض أو العیب و طوله، فیحکم بضمان الغاصب لکونه محدثا للعیب المؤدّی إلی ذلک، و لا ریب أنّ ذلک یختلف باختلاف المقامات.

و کیف کان، فلا ینبغی القول بإطلاق الضمان کما نلتزم بهذا التفصیل فی باب دیه الجراحات و ترک شدّ الفصد، کما لا یخفی.

الجهه الرابعه من البحث؛ فی الضمان المثلی و القیمی.

فی «الشرائع»: (فإن تلف المغصوب ضمنه الغاصب بمثله إن کان مثلیّا) .. إلی آخره (۱).

ینبغی أن یعلم أنّ البحث فی مقامین:

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۳۹.

الأوّل؛ فى الدليل الدالّ على الفرق بين المثلى و القيمى، و لا يخفى أنّ هذين اللفظين ما ورد (۱) بهما نصّ، و إنّما وقعا فى معاقد الإجماعات و كلمات الأصحاب، فهم الّذين التزموا بهذا الفرق، و سنشير إلى وجه استفادتهم من الأدلّه.

و كيف كان؛ معنى ضمان المثل فى المثلى و القيمه فى القيمى هو أنّ الّذى يجب على الضامن فى الأوّل بحيث ليس له تبديله، هو المثل، و كذلك ليس للمضمون له إلّا هو فليس له الإلزام بالقيمه، كما أنّه ليس الأوّل ذلك، بل إنّما التبديل موقوف على التراضى، و المراد بضمان القيمه فى القيمى هو عكس ذلك هذا ما تقتضيه من كيفيّه الضمان كلماتهم.

و أمّا ما يستفاد من ظاهر بعض ما يمكن أن يستدلّ به للمقام كآيه الاعتداء و أمثالها (۲)، فهو خلاف ما يظهر من بنائهم، فإنّ ظاهر الآيه يحكم باعتبار المماثله فى الضمان مطلقا سواء كان المضمون به مثليّا أو قيميّا، فيكون كيفيّه اشتغال الذمّه و الضمان هو ما أفتى به ابن الجنيد بضمان المثل فى القيمى أيضا (۳) إلّا مع التعذّر كما فى المثلى، كما لا يبعد الدعوى بأنّ الطبع أيضا يقتضى عدم الالتزام بالفرق.

و أمّا ما يقتضيه أصل القاعده الّتى هى المدرك للضمان فى الباب- و هى قاعده اليد- فنقول: إنّ هذه القاعده بطبعها الأوّلى أيضا تقتضى ضمان المثل

۱- و لذا قال بعض: لم يحوّل تعيين موضوعهما إلى العرف كسائر الألفاظ الواقعه موضوعا لحكم الشارع، «منه رحمه اللّه».

۲- البقره (۲): ۱۹۴، المائده (۵): ۴۵.

۳- نقل عنه فى مختلف الشيعه: ۶/ ۱۳۱.

مطلقا بلا تفصيل أمّا على مسلكنا من أنّ المستفاد منها أنّ الثابت فى الذمّه هو نفس العين فواضح، ضروره أنّه إذا كان المأخوذ بنفسه ثابتا فى الذمّه فيجب تحصيل البراءه منه مع التمكّن، و إلّا فالأقرب إليه، و هو المثل.

و أمّا على مسلك المشهور من اشتغال الذمّه بالبدل، ففى المثلى المثل، و فى القيمى القيمه، فأيضا الذمّه مشغوله بالمثل عند تلف العين حتّى يؤدّيه، فتأمّل!

نعم، لمّا كانت القاعده مغيّاه بالأداء، و أداء القيمى لا يمكن إلّا بقيمته، فلا بدّ أن يقيّد الإطلاق بذلك، بمعنى أن يقال بأنّ الّذى يستقرّ على اليد و الذمّه و إن كان هو نفس المأخوذ إلّا أنّ فى المثلى يجب أداء مثله، و فى القيمى لعدم إمكان المثل أداء قيمته.

إلّا أنّه مع ذلك لا يرتفع التعارض بين مدلول هذه القاعده و معاقد الإجماعات، و ذلك لأنّ المدار فى وجوب أداء المثل فى المثلى عند الأصحاب التمكّن من المثل نوعا، بمعنى أن يكون للتالف أفراد نوعيّه و إن لم يتمكّن منه الشخص المتلف، فليس المدار على تمكّنه، و أمّا لو تيسّر المثل نوعا و تمكّن المتلف من المثل و اتّفق أنّه وجد عنده نظير للتالف فلا يجب عليه أداؤه؛ لأنّه عند عدم التمكّن من المثل نوعا يكون المضمون قيميّا فلا تشتغل الذمّه إلّا بالقيمه.

و أمّا مدلول القاعده فلما عرفت أنّ الالتزام بالقيمه فى مفادها فى الجمله إنّما كان ذلك لعدم التمكّن من أداء المثل فيما لا مثل له، لا لاقتضاء القاعده، و لا إشكال أنّه عند تمكّن الضامن من أداء المثل فالغايه حاصله، فلا ضروره تدعو إلى صرف الأقرب ممّا اخذت، الّذى كان ذلك مقتضيا باشتغال الذمّه بنفس

المأخوذ، إلى القيمه الّتى ليست هى أداء حقيقه، بل وفاء.

و أمّا لو لم يتمكّن الضامن من المثل، و لو تمكّن نوعا كما فى المثلى فمقتضـى قاعـده اليد عدم وجوب أداء المثل لعدم حصول الغايه و عدم تمكّن اليد الآخذه عن أداء المثل.

و بالجمله؛ فمع الجمود على ظاهر لفظ قاعـده اليـد فيكون كلّ من معاقـد الإجماعات و قاعده اليد عكس الآخر فى المدلول، ثمّ يترتّب على ذلـك وقوع التعارض بين مـداليل الأدلّه الثلاثه، و هى الآيات الّتى كانت مـداليلها الاعتـداء بالمثل و العقاب به بقول مطلق و معاقـد الإجماعـات المفصّـِله بين المثلى و القيمى ففى الاولى روعى التماثل بخلاف الثانيه، و قاعـده اليـد المفصّـِله بين المثلى و القيمى أيضا، إلّا أنّ المستفاد منها التمكّن الشخصى فى الحكم بوجود المثل و ضمانه دون التمكّن النوعى.

و لا يتوهّم أنّه يمكن حمل الاعتداء بالمثل المسـتفاد وجوبه من الآيه على التمكّن الشخصـى، بلحاظ أنّ هذا الحكم الوضـعى قد اسـتفيد من الحكم التكليفى الـدالّ عليه الأمر، و الأمر لا يتعلّق إلّا بالمقدور، فلا بدّ أن يكون المعتدى قادرا على الإلزام بالمثل، و قدرته فرع على تمكّن الضمان، و المفروض أنّه غير متمكّن شخصا، فلا يجوز على المعتدى إلزامه به.

دفع التوهّم أنّه: لا إشـكال أنّ هـذا الأمر إنّما هو كسائر الأوامر التكليفيّه المشـروطه عقلا بالقـدره إذا لم يؤخـذ فى الهيئه اشتراط القـدره حتّى يصير الشـرط شـرعيّا، فيسـتكشف كونهـا دخيله فى أصـل المصـلحه حتّى تفيـد المـادّه أيضـا، فلا يمكن التمسّـِك بإطلاقها لإثبات وجوب تحصيل القدره، و لو لم يتمكّن المكلّف

من الامتثال فعلا، فإذا صار الأمر مطلقا فيجوز الإلزام على المثل، و لو لم يكن الضامن قادرا شخصا بل يكفى فيه التمكّن العقلى المفروض وجوده بتمكّن النوع، فيجب على الضامن تحصيل المثل و لو من عند غيره، و هذا بخلاف قاعده اليد، فإنّ الأداء فعل الآخذ، فلا بدّ من تمكّنه بنفسه، فتأمّل!

ثم إنّه قد يجاب عن الآيه (۱) لأن يرتفع التعارض بينها و بين معاقد الإجماعات و قاعده اليد، بأنّ المراد من المماثله فيها التماثل فى الاعتداء لا فى المعتدى به، بمعنى أنّ ظاهر هذه الآيه و كذلك قوله تعالى: وَ إِنْ عٰاقَبْتُمْ فَعٰاقِبُوا بِمِثْلِ مٰا عُوقِبْتُمْ بِهِ (۲) و غيرها (۳) لا تدلّ على أزيد من أنّه يجب أن لا يكون العقاب و القصاص أزيد ممّا تعدّى المعاقب عليه، و أمّا من حيث المعتدى به و كيفيّته فلا يستفاد منها شى ء، فعلى ذلك لا تنافى بين الآيات و القاعده و معاقد الإجماعات المقتضيين لعدم اعتبار المماثله فى القيميّات.

ضروره؛ أنّه إذا لم يكن مدلول الآيات إلّا أنّه لو أضرّك أحد بمقدار عشره توامين- مثلا- فلا يجوز لك إضراره و الإلزام بتداركه إلّا بمقدار ما أضرّك به، دون الزياده بلا أن تكون متكفّله لجنس المتدارك به، فلا تعارض [بين] مدلولهما المتكفّله لبيان ذلك.

و لكنّك خبير، بأنّ إنكار تكفّل الآيات لبيان حكم هذه الجهه أيضا، كما بالنسبه إلى أصل حكم مقدار الضمان المستفاد كلاهما من إطلاق الآيه؛ فى غايه البعد.

۱- البقره (۲): ۱۹۴.

۲- النحل (۱۶): ۱۲۶.

۳- الشورى (۴۲): ۴۰.

و لكن مع ذلك؛ الأمر سهل، لأنّه قد ظهر أنّ دلالتها على مدلولها لا يزيد عن الإطلاق فيخصّص (فيقيّد) إطلاقها بمفاد القاعده بعد ثبوت كون مفادها مفاد معاقد الإجماعات، و معاقد الإجماعات إذا خصّصناها بهما و أخذنا بمدلولها فى المثلى فيرتفع التعارض بين الآيات و بينهما، كما لا يخفى، و يبقى التعارض بين مدلول القاعده الّذى قد عرفت المستفاد من ظاهرها كون مناط اشتغال الذمّه بالمثل أو القيمه هو التمكّن الشخصى فى تأديتها و معاقد الإجماعات الّذى يكون المناط هو التمكّن النوعى كما نشير إليه.

و لكن؛ لمّا كان مناط كلمات الأصحاب و مبناهم فى هذه المسأله استظهارهم من العرف و بناء العقلاء على كون مناط مثليّه الشى ء و قيميّته هو التمكّن النوعى، بمعنى أنّه لو وجد للشى ء أفراد نوعيّه عند غالب الناس ما يكون مماثلا فى الشكل و الصفات الّتى لها مدخليّه فى ماليّه الشى ء فيرون مثل ذلك مثليّا، و أمّا إذا لم يكن كذلك نوعا، فيراه قيميّا و لو وجد للشى ء التالف فرد مماثل له فى ما ذكر نادرا عند الضامن أو غيره.

فيستكشف من ذلك فهم الأصحاب أنّ الشارع أيضا أمضى طريقه العرف فى بنائهم ذلك، و ما استفادوا من القاعده المذكوره ردعهم عمّا بنوا عليه، فلذلك لا بدّ أن تحمل القاعده أيضا على أنّ المناط فى أداء المأخوذ التمكّن النوعى فى أداء مثله لا التمكّن الشخصى، و إلّا لم تستقرّ سيرتهم على ذلك لو كانت القاعده الّتى كانت بمرآهم و مسمعهم قابله للردع، فيرتفع التعارض بين مفاد القاعده و معاقد الإجماعات، فيصير المرجع فى باب ضمان القيمى و المثلى هو ما بنى عليه المشهور من نحوى الضمان دون ما التزم بعض من لا عبره بقوله من ضمان

المثلی مطلقا إلّا عند التعذّر فینقلب إلی القیمه، لجموده علی ظاهر الآیات (۱) السابقه، مع کونه مخالفا لصریح القاعده المذکوره و بناء العرف و تفریقهم فی نحوی الضمان، مع أنّ بناءهم هو الأساس فی باب الضمانات و فهم العرف هو المرجع فی هذه المسائل لحلّ المعضلات، کما لا یخفی.

هذا؛ و لکن بناء المشهور متّبع فی هذه الجهه، أی فی اعتبار المثلی و القیمی لا مطلقا، فلا یجوز تخطئتهم فی ذلک بأن یقال بأنّا نعلم بأنّه لیس لهم دلیل یستفیدون منه هذا الحکم سوی قاعده الید الظاهره فی ما ذکر من التمکّن الشخصی، فهم أخطئوا فی استظهارهم منها التمکّن النوعی، لما عرفت من أنّ الأساس هو مساعده العرف لما أسّسوا علیه.

نعم؛ فی کیفیّه اشتغال الذمّه و نحو ثبوت المال المأخوذ أو المتلف علی العهده الّذی هو الحکم الوضعی فی مسأله الضمان، فإنّ ما ذکر هو البحث فی الحکم التکلیفی، و هو إلزام المالک الغارم علی الأداء، فاعتبار القیمیّه و المثلیّه کان بالنسبه إلی الأداء، و أمّا بالنسبه إلی أصل اشتغال الذمّه فلیس أساس ظاهر المشهور لنا متّبعا؛ إذ قد عرفت سابقا أنّ فهم العرف إنّما هو فی هذه المسأله مساعد معنا، و لا یأبون عمّا یستظهر من قاعده الید من أنّ ما یستقرّ علی الذمّه بسبب وضع الید علی مال الغیر لیس إلّا نفس العین المأخوذه حتّی بعد التلف، و ذلک بوجودها الاعتباری دون العینی المستحیل استقرار وجودها علی العهده.

و قد عرفت من أنّه لا مانع من اعتبار مثل هذا الوجود بعد مساعده العرف

۱- أقول: إن کان المراد من المثل فی الآیات هو المثل العرفی لا الاصطلاحی فلا تنافی بین ما نحن فیه و بین القاعده لو قیل بأنّ أداء القیمی أداء لمثله عرفا، فتأمّل! «منه رحمه اللّه».

فیه و عـدم کونه لغوا، بحیث لا یکون منشأ للأثر- کأنیاب الأغوال- بل لهذا الاعتبار آثار، منها مسأله ضـمان قیمه یوم الإقباض و غیر ذلک.

و بالجمله؛ لمّا کان العرف مساعـدا فی هـذه الجهه ممّا یسـتفاد من ظاهر قاعـده «الید» و کذلک «الإتلاف» من أنّ الذمّه مشـغوله بنفس العین، سواء کـان بعـد التلف أو قبله حتّی تؤدّیهـا، إمّـا بنفسـها فیتحقّق الأـداء، و إمّـا بمثلهـا أو قیمتها فیتحقّق الوفاء، لا أن یکون الضـمان قضـیّه تعلیقیّه، بأنّه لو تلف المال تشـتغل الـذمّه فتصـیر القاعـده رادعه لما علیه المشـهور، و إن لم تکن من الجهه الاولی رادعه، لما عرفت من تحقّق مانع الردع و هو استقرار سیره العرف الکاشفه إنّا من عدم قابلیّه القاعده له هناک بخلافه هنا، کما لا یخفی فافهم!

ضابط المثلی و القیمی

اشاره

المقـام الثـانی: و هو البحث عن ضابط المثلی و القیمی، لا یخفی أنّه کثر الکلام فی المقام بین الأعلام، و منشأ ذلک عـدم کون هـذین اللفظین کمـا أشـرنا إلیه من الموضوعـات الشـرعیّه، بل هما من الموضوعات العرفیّه، فلمّا لم یرد من الشارع لهما تحـدید فأرادوا أن یعرّفوهما باعتبار مصادیقهما الخارجیّه، فاختلاف أنواع المثلی و القیمی أوجب اختلاف التحدیدین.

فبعض عرّفه- أی المثلی-: بأنّه ما یتساوی أجزاؤه من حیث القیمه، کما هو المشهور (۱)، فهؤلاء قصروا نظرهم بالطعام و مثله، مع أنّه بالنسبه إلیه کما إلی غیره أیضا غیر مطّرد، فإنّ أنواعه مختلفه.

۱- انظر! المکاسب: ۳/ ۲۰۹.

قال بعض بأنّه ما تماثلت أجزاؤه و تقاربت صفاته (۱)، و غير ذلک من التعاريف الّتى لا تخلو كلّها عن الإشكال، بل لا يحصل الانضباط بها.

و لمّـا لم يكن خصوصيّه الزمان و المكان دخيله فى اعتبار المماثله، بل إنّما المدخليّه للخصوصيّات الموجبه لاتّحاد الماليّه و اختلافها فأحسن التعاريف للمثلى هو: أنّه الّذى يكون له أفراد نوعيّه مماثله معه فى ما له دخل فى الماليّه، أو ما تفاوت فى أفراده ما يوجب اختلاف الرغبات، و لمّا كان الاطّلاع على ذلک موقوفا- على أن يكون الشى ء ممّا يمكن الاطّلاع على ظاهره و باطنه حتّى تقاس الأفراد بعضها إلى الاخرى، فيكون مثل الحيوانات قيميّا؛ لعدم إمكان الاطّلاع على بواطنها، مع أنّه لا إشكال فى أنّ اختلاف الباطن موجب لاختلاف الرغبات و الماليّه، فلو وجد عبد مماثل من جميع الجهات مع التالف فلا يوجب ذلک وجوب ردّه عوضا عن التالف؛ لأنّه بصرف وجود المشابه الظاهرى مع عدم إمكان الاطّلاع على باطنه لا يصير الشى ء مثليّا، مضافا إلى أنّ الحيوانات غالبا فى الأوصاف الظاهره أيضا مختلفه، اختلافا موجبا لاختلاف الرغبه، و المصنوعات فما يصنع منها باليد فقيمى، بخلاف ما يصنع مع الآلات و العجلات، فإنّ فى الأوّل و إن كان يمكن أن يخرج عباءات متعدّده- مثلا- عن تحت يد استاد واحد متماثله، إلّا أنّ ذلک نادر، فلا يعتمد عليه، بخلاف الثانى مثل الساعات و غيرها الغير المنطبق عليها تعريف الاولى؛ لأنّ نصف الساعه ليس نسبه قيمته إلى قيمه تمامها كنسبه النصف إلى ساعه صحيحه، و أمّا هذا التعريف فيصدق عليها، كما لا يخفى.

۱- تحرير الأحكام: ۲/ ۱۳۹، و انظر! المكاسب: ۳/ ۲۱۳.

و فی «الشرائع»: (فإن تعذّر المثل المزبور ضمن قیمته یوم الإقباض) .. إلی آخره (۱).

هنا مسائل لا بدّ من تعرّضها.

اشاره

الاولی: یظهر من عباره «الجواهر» فی المقام- و إن أنکر ذلک بعد صفحه- أنّ المناط فی استقرار قیمه المثل علی العهده هو وجود المثل عند استقرار الضمان أوّلا، و إن کان المثل متعذّرا حین القرار، بأن لم یکن موجودا من أوّل الأمر لا بأن یطرأ التعذّر فلا یستقرّ قیمه المثل، بل ینقلب المثلی إلی القیمی (۲).

هذا؛ و لکن لا یخفی ضعف هذا الکلام؛ إذ لا إشکال فی أنّ المناط فی کون الشی ء مثلیّا إنّما هو جریان العاده أن یوجد له غالبا أفراد مماثله معه فی الصفات الّتی لها المدخلیّه فی المالیّه کالحنطه- مثلا- و إن اتّفق أنّه لم یوجد مثله کذلک فی بعض الأوقات، إذ لا إشکال أنّ الحنطه و أمثالها إذا لم یوجد فی وقت من الزمان- کعام المخمصه و غیرها- لم یخرج عرفا عن کونه مثلیّا.

و بعباره اخری: إنّ تشابه الأفراد و عدمه الموجب لصیروره الشی ء مثلیّا و قیمیّا إنّما هو تابع لطبیعه الشی ء و وجوده الغالبی فی نظر العرف، و أمّا عروض هذا الوصف أو انعدامه فی وقت من الأوقات لا یوجب انقلاب حکم طبیعه الشی ء عند العرف.

فلو اتّفق أنّه وجد فی وقت للشی ء القیمی أفراد متماثله لا یوجب ذلک خروجه عن القیمیّه عند العرف، کما لا یخفی، و کذلک عکسه، مع أنّ الاشتراط

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۳۹.

۲- جواهر الکلام: ۳۷/ ۹۵ و ۹۶.

المـذكور ربّمـا يوجب اعتبـار التمكّن الشخصـی فی صـدق کون الشـی ء مثليّا و قيميّا، و كـذلك يلزم أن لا يكون للمالک حقّ مطالبه المثل و لو وجد المثل بعد التعذّر، و لو لم يكن آخذا للقيمه بعد، مع أنّه لم يلتزم بذلک أحد.

و بالجمله؛ فلا وجه للاشتراط المـذكور، و لا مـدخليّه للزمان و المكان فی صـدق المثليّه و القيميّه بعـد تحقّق المناط المذكور و هو جريـان العـاده أن يوجـد للتـالف المثل بحسب الطبيعه الأوّليّه، فالأقوی عـدم خروج التالف عن كونه مثليّا و لو لم يوجـد مثله عند التلف، كما عليه السّلف (۱) و جلّ الخلف.

الثـانيه: إذا تعـذّر المثـل هـل للضـامن إلزام المالک علی أخـذ القيمه أم لا، بل له الصبر حتّی يوجـد المثل؟ أمّا علی مسـلكنا من اسـتقرار نفس العين علی الذمّه فتسـتتبعه سلطنه المالک علی عهدته، و مطالبته بعين ماله، و أنّ باب الضمان فی الأحكام الوضعيّه كباب قاعده «الميسور» فی الأحكام التكليفيّه (۲)، فما يؤدّيه الضامن عند تلف العين يكون مرتبه ممّا اسـتقرّ علی الذمّه، و لمّا لم يمكن أداؤه بتمام مراتبه، فيوفيه ببعض مراتبه و هو مثله أو قيمته، فالأمر ظاهر، لأنّه لمّا استقرّت سلطنه المالک علی عهده الضامن فلا تسـقط سـلطنته تلک إلّا بردّه ما علی عهدته أو بتجاوز المالک برضاه عن حقّه، و أمّا عدم تمكّنه الآن من أداء ما فی ذمّته مع عـدم مطالبه المالک حقّه و عدم إلزامه علی أدائه ما علی عهدته حتّی يصـير ذلک تكليفا للضامن بما لا يطاق، لا يوجب سـقوط سلطنته، فبمقتضی تسلّط الناس علی أموالهم، للمالک الصبر حتّی يأخذ ما هو أقرب بماله بعد تلف

۱- كما يقتضيه إطلاق كلامهم و إن لم يكن مصرّحا به فی كلماتهم، «منه رحمه اللّه».

۲- القواعد الفقهيّه: ۴/ ۱۲۷.

عینه، و لیس للضامن من إلزامه علی إسقاط حقّه بأخذه القیمه.

و أمّا علی مسلک المشهور؛ من استقرار المثل فی المثلی علی العهده، فأیضا لا إشکال فی اقتضاء ذلک أنّ للمالک الصبر حتّی یأخذ ما هو أقرب إلی ماله، و هو المثل و لیس للضامن إلزامه علی تجاوزه عن حقّه بعد أن کان المستقرّ علی عهدته غیر ما یرید أن یلزم المالک بأخذه و هو القیمه.

نعم؛ لیس للمالک الإلزام فعلا علی المثل مع عدم إمکانه، بل یوجب ذلک سقوط سلطنته عن مطالبه المثل؛ لأنّ إلزامه تکلیفا فی مثل هذه الصوره لمّا یکون تکلیفا بما لا یطاق فتنقطع سلطنته؛ لأنّ قاعده السلطنه کغیرها من الأحکام مختصّه عقلا بصوره القدره، و هذا لا ینافی إلزامه وضعا، بمعنی کون ذمّته مشغوله بالمثل و لو لم یکن متمکّنا من أدائه، لأنّه لا محذور من اعتبار المثل أو العین علی العهده مطلقا، کما أوضحنا أنّ ظاهر «علی الید» (۱) یقتضی ذلک، ثمّ تقیّده وقت الأداء الّذی هو ظرف التکلیف بالقدره، و قد أشرنا أنّ إثبات القیمه فی القیمیّات إنّما یکون ذلک بسبب ذیل قاعده الید و هو «حتّی تؤدّی» دون صدره.

و کیف کان؛ فعلی مقتضی کلام المشهور أیضا لا حقّ للغارم علی أخذ المالک غیر حقّه و إلزامه علی إسقاطه سلطنته إذا لم یوجب إعمال سلطنته تکلیفا بما لا یطاق.

ثمّ إنّه هل للمالک إلزام الغارم بإعطائه القیمه أم لا، بل علیه الصبر إلی أن یوجد المثل؟ الظاهر أنّه لا إشکال فی أنّ له ذلک، ضروره أنّ اعتبار المثل فی

۱- القواعد الفقهیّه: ۴/ ۵۳.

المثليّات ليس إلّا لمصلحه المالک من أنّه عند تلف ماله لمّا لم يمكن وصوله بماله بجميع خصوصيّاته الشخصيّه، فاعتبر ضمان مثله حتّى يصل ببعض مراتب الخصوصيّات حتّى ينتهى إلى القيمه الّتى هى آخر درجه الخصوصيّه المشاركه مع التالف فى الماليّه، فإذا كان الحقّ له فإذا لم يمكن له الآن وصوله بماله و لو بمرتبه المثليّه بأن يأخذ مثل ماله لعدم وجود المثل فعلا لتعذّره، فله أن يتجاوز عن حقّه ذلک و أخذه القيمه الّتى هى أوّل مرتبه تدارک التالف، و ليس للغارم إلزامه على الصبر الراجع ذلک إلى إلزامه بعدم إسقاطه حقّه.

و لا- ينتقض ذلک بصوره وجود عين المال أو مثله، فكما أنّه ليس للمالک إسقاطه حقّه عن العين أو المثل و إلزام الغارم على إعطاء القيمه فكذلک فى صوره تعذّر المثل لمّا كان حقّه الثابت على العهده هو العين، فليس للمالک إلزام الغارم على تبديله بالقيمه و أخذها عنه.

وجه عدم ورود النقض ظهور الفرق بين المقامين؛ إذ عند وجود العين يرجع إسقاط الحقّ عنها، و كذلک عند وجود المثل إلى إسقاط السلطنه المتعلّقه بهما.

و من البداهه أنّ السلطنه حكم غير قابل للإسقاط، و كذلک الإعراض عن العين أو المثل حتّى يوجب ذلک إثبات حقّ على الغير لا يجوز بالإجماع، بخلاف ما إذا لم يوجد أحدهما؛ فلمّا كان الثابت على الذمّه حقّا محضا فله إسقاط بعض مراتب حقّه، و هو مرتبه المثليّه و الاكتفاء بمرتبه الماليّه فقط، و هى القيمه.

أقول: فحاصل الفرق هو أنّ عند وجود العين جميع مراتب سلطنه المالک باقيه، فتجاوزه عنها و إلزام الغارم على القيمه، و جعل ذمّته مشغوله بالقيمه، مع

أنّ الثابت على عهدته بحكم الشرع ليس إلّا نفس العين، لا يمكن ذلک إلّا بإلزامه على تبديل ما على عهدته بالقيمه بأحد عناوين المعاملات من الهبه المعوّضه و غيرها، و من المعلوم أنّه ليس للمالک هذا الإلزام، و لم يثبت له هذا الحقّ بدليل شرعى، و هكذا يكون حال المثل عند وجوده و إراده تبديله بالقيمه، فإنّ سلطنته الفعليّه على المراتب الاخر من عين المال و هو مثله باقيه، و لم يتبدّل بعد بالقيمه ما دام وجود المثل، فلم ينقطع سلطنته عنه الثابته بالدليل الشرعى.

و أمّا عند تعذّر المثل فنقول:- مضافا إلى أنّ الثابت من أدلّه وجوب ردّ المثل فى المثلى و عدم ثبوت حقّ للمالک بمطالبته القيمه، هو فى صوره وجود المثل، و أمّا عند تعذّره فلم يثبت ذلک، مع أنّ العرف أيضا يأبى عن إلزام المالک على الصبر و عدم جواز مطالبه قيمه ماله، مع أنّه ربّما لا يوجد المثل، بمعنى أنّه يطول الزمان حتّى يرتفع العذر فيوجب ذلک ضررا فاحشا- إنّ فى هذه الصوره فلمّا لم يكن متعلّق السلطنه- و هو العين أو المثل الّذى هو بمنزله وجود العين- موجودا فى الخارج فتنحصر سلطنته بحقّه الثابت على عهده الغارم.

و لا ريب أنّ إسقاط الحقّ لا يوجب المحذورات السابقه، فمتعلّق سلطنه المالک هو حقّ مطالبه مثل ماله الّذى يكون متعلّقه ذمّه الغارم فقط، فتجاوزه عن خصوصيّه المثليّه و اكتفاؤه بالماليّه يكون بمنزله إبرائه، و لا ريب أنّ الإبراء ليس كالإيهاب حتّى يحتاج إلى القبول فيدخل فى عنوان المعاملات، و لا إعراضا حتّى لا يجوز.

فالتحقيق؛ هو ما أفاده- دام ظلّه- من عدم جواز إلزام الغارم المالک فى قبول القيمه بخلاف العكس وفاقا للمشهور، بل كادت أن تكون المسأله إجماعيّه

و إن لم تكن المسأله محرّره إلّا فی کلمات المتأخّرین، خصوصا صوره العکس، فراجع!

الثالثه: اختلفوا فی تعیین ضابط التعذّر و الفقدان، فبعض جعله بأن لا یوجد المثلی فی البلد الّذی تلف المال فیه (۱).

و بعض أضاف إلی ذلک ما حول البلد أیضا من الجوانب الّتی اعتید نقل مثل التالف منها إلی البلد (۲)، و بعض أطلق (۳).

و بعض جعل الضابط الضرر و الحرج، بحیث إن أوجب تحصیل المثل الحرج فیصدق حینئذ الفقدان و التعذّر (۴)، و أوکل فی «جامع المقاصد» أمر ذلک إلی العرف و تحدیدهم (۵)، و الأقوی الأخیر.

بیان ذلک: أنّه لا یخفی أوّلا أنّ للتعذّر مراتب، منها: التعذّر العقلی بأن اتّفق فی زمان لا یوجد المثل أصلا.

و منها: دون ذلک بأن یوجد و لکن فی البلاد النائیه.

و منها: أن یوجد فی المکان القریب و لکن مع ذلک کان حمله متعذّرا.

و منها: أن یکون فی البلد و لکن یکون تحصیله متعذّرا.

و الجامع لجمیع المراتب هو صدق الحرج، و لمّا لا تصیر إحدی هذه المراتب ضابطا، فلقد أحسن من جعل الحدّ هو الحرج، و لکنّ الإشکال فی

۱- تذکره الفقهاء: ۲/ ۳۸۳.

۲- المبسوط: ۳/ ۷۶.

۳- المکاسب: ۳/ ۲۳۸.

۴- لاحظ! جواهر الکلام: ۳۷/ ۹۷.

۵- جامع المقاصد: ۶/ ۲۴۵.

المقام هو جريان قاعده الحرج، إذ بإجرائها يمنع عن جريان قاعده السلطنه، و قد أشرنا سابقا بأنّ قاعده الحرج و إن كانت من القواعد العامّه الحاكمه على جميع الأحكام إلّا أنّها لمّا كانت بنفسها قاعده امتنانيّه فليست قابله لأن تعارض الأحكام الامتنانيّه الاخرى الّتى منها حكم السلطنه، لعدم ترجيح لأحد الحكمين إذا كان منشأهما الامتنان على الآخر.

فعلى ذلك لا تصلح هذه القاعده للمرجعيّه فى المقام حتّى يحكم على مقتضاها على عدم وجوب تحصيل المثل على الضامن عند صدق الحرج، فعلى ذلك لا مقتضى هنا لجريانها، لا أنّ المانع- و هو قاعده أخذ الغاصب بأشقّ الأحوال (۱) و مثلها- تمنع من جريانها، فتدبّر!

نعم؛ يمكن أن يقال بأنّه كما أنّ فى صوره عدم وجود المثل رأسا و فقدانه كليّا فلمّا لم يكن تحصيله مقدورا فعلى حسب حكم العقل بعدم جواز الإلزام فى مثله لا يكون مقتض لقاعده السلطنه، فلا تجرى هى بحكم العقل، فكذلك عند ما كان المثل موجودا و لكن كان تحصيله متعسّرا، بحيث يكون حرجا، فلمّا كان بنظر العرف هذه الصوره ملحقه بما إذا كان تحصيله غير مقدور رأسا، بمعنى أنّ العرف أيضا له حدّ لاعتبار القدره، ففيما إذا انجرّ تحصيل المثل إلى الضرر و الحرج يرى العرف الشخص بحكم غير المقدور العقلى، فلا يجوّزون عند صدق الحرج إلزام الغارم على إيجاد المثل فلا يبقى عند ذلك أيضا مقتض لجريان قاعده السلطنه، فلا وجه حينئذ لجواز إلزام المالك الغارم على تحصيل

۱- جواهر الكلام: ۳۷/ ۱۰.

المثل بحكم العرف (۱)، الّذی يكون نظرهم مرجعا لمهمّات مسائل الضمان.

فالتحقيق فی المقام ما حقّقه المحقّق الثانی قدّس سرّه من إرجاع الأمر إلی العرف (۲)، فلو استقرّ بناؤهم علی عدم جواز الإلزام فی مثل هذه الصوره، أی عند صدق العسر و الحرج فی تحصيل المالک المثل فيستكشف منه عدم فهمهم من قاعده السلطنه جواز الإلزام و عدم كونها قابله لردعهم، و إلّا لم تستقرّ سيرتهم علی الخلاف، فلا يبقی بعد مجال فی المقام للرجوع إلی قاعده السلطنه؛ لأنّه استكشف عدم صلاحيتها للمرجعيّه.

و لا- يشتبه عليک الأمر بأنّه بالأخره صار المرجع قاعده الحرج، لوضوح أنّه لو لا قصور قاعده السلطنه لقصور موضوعه عن شمولها للمقام ما كانت قاعده الحرج قابله للمنع، أی عن جواز الإلزام، كما أوضحنا ذلک.

و ممّا ذكرنا ظهر النظر فی ما فی كلام صاحب «الجواهر» فی المقام عند اعتراضه علی المحقّق المذكور قدّس سرّه بأنّه ليس لنا فی المقام لفظ الفقدان و التعذّر فی نصّ من حديث و غيره حتّی يرجع فی تعيين معناه إلی العرف (۳).

إذ قد عرفت مراده قدّس سرّه من مرجعيّه العرف، و أنّه ليس غرضه من الرجوع إليهم الرجوع فی معنی اللفظ، بل جعل قدّس سرّه نظرهم مرجعا لمقدار مقتضی الضمان من اقتضاء قاعده السلطنه و غيرها فافهم!

۱- لا- يبعد الدعوی بأنّ السيره المستقرّه من العرف فی باب الغصب عدم اعتنائهم بالمشقّه و الحرج العارضه علی الغاصب المسبّبان عن أدائه المغصوب و كذلک عن إيصال بدله، و ذلک لما هو المرتكز فی الأذهان من أنّ «الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال» فتدبّر! «منه رحمه اللّه».

۲- جامع المقاصد: ۶/ ۲۴۵.

۳- جواهر الكلام: ۳۷/ ۹۶.

المسأله الرابعه: لو خرج المثل عن القيمه رأسا كالجمد فی الشتاء فيما إذا أتلفه أحد من غيره فی الصيف، فهل يلحق ذلک بالتعذّر فيستحقّ المغصوب منه القيمه، أم لا، بل يتعيّن المثل؟

نقول: أمّا على ما تقتضيه قواعد الضمان فی المقام هو عدم انقلاب المثل، إذ قد عرفت أنّ قاعده اليد فی المثلی لا تدلّ إلّا على كون المثل فی المثلی ثابتا على الذمّه حتّى يؤدّيه، و أمّا قاعده الإتلاف فقد يتوهّم كونها مقتضيه للتبديل بالقيمه.

و توضيح الوهم و دفعه؛ هو أنّ ظاهر لفظ «من أتلف مال الغير» (۱) الدالّ على ضمان مثله فی المثليّات يدلّ على اعتبار الماليّه فی التالف و ما يتداركه، و من المعلوم أنّه عند سقوط المثل عن القيمه رأسا لا يبقى له ماليّه، مع أنّ المثليّه للتالف إنّما اعتبرت لجهات أهمّها فی الماليّه، بل مناط صدق المثليّه هو التشخصّات المشتركه الموجبه للاستواء فی الماليّه، فعند عدم بقاء الماليّه فمن أين تبقى المثليّه؟

و دفع ذلک: هو أنّه لا إشكال فی أنّ السقوط عن الماليّه على نحوين:

أحدهما: ما أوجبه نقص فی ذات المال، ثانيهما: ما أوجبه تبدّل الزمان أو اختلاف المكان كالجمد فی الشتاء أو الماء فی ساحل الشطّ، فإن أوجب نفس المال سقوطه عن الماليّه بحيث صار يصحّ سلب الماليّه عنه رأسا فمجال لما ذكر من الكلام، و أمّا إذا لم يكن كذلک، بل كان النقص مستندا إلى الخارج فلا دليل على تبدّل المثل بالقيمه، و لا وجه للعدول عمّا تقتضيه ظواهر الأدلّه، إذ لا

۱- جواهر الكلام: ۳۷/ ۶۰.

يستفاد من الأدلّه إلّا اعتبار المثليّه فى الماليّه على نحو يعدّ مالا فى الجمله، و إلّا فلو كان المناط الماليّه المطلقه فلازمه أن يبدّل ضمان المثل بالقيمه فيما إذا صارت قيمه المثل أنقص من قيمه التالف، و من البداهه أنّه لم يلتزم بذلك أحد، فيستكشف من ذلك عدم كون المناط اعتبار التماثل من جميع الجهات و المراتب.

و بعباره اخرى: إنّ الأدلّه لا تقتضى إلّا اعتبار الماليّه التقديريّه، بمعنى أنّه لو لم يكن الماء فى الشاطئ كان له بحسب المتعارف قيمه معتدله متوسّطه كسائر الأموال، لا كما فى الوسط من برّ الحجاز حتى يعدّ ذلك من المواقع و المنافع النادره، بل فى الأمكنه المتعارفه القريبه بالماء، و لا- كما فى ساحل دجله، و كذلك الجمد ليس فى الشتاء لا يعدّ من الأموال رأسا و إلّا لم يوجب إتلافه مطلقا ضمان الماليّه، بل القضيّه التعليقيّه فيه أيضا صادقه.

فانقدح ممّا ذكرنا أنّ قاعده الإتلاف أيضا كقاعده اليد لا تدلّ على انقلاب الذمّه الّذى هو مخالف للأصل أيضا عن المثل إلى القيمه فيما إذا سقط المثل بسبب اختلاف الأحوال عن الماليّه و ليس ذلك ملحقا بالتعذّر.

هذا ما تقتضيه ظواهر أدلّه الضمان، إنّما الكلام فى مساعده العرف فى ذلك و لا يخفى مخالفتهم فيه.

ضروره؛ أنّ من غصب ماء فى البئر فأتلفه، و كذلك جمدا فى الصيف فأتلفه، فأتى بالمغصوب منه فى الشطّ و أدّى إليه من الماء بقدر ما أتلفه، أو الجمد فى الشتاء أعطاه عوضا عن ماله، العرف ينكر ذلك أشدّ الإنكار، و يعدّ ذلك من أعلى مراتب الظلم، فيستكشف من ذلك استقرار بنائهم على عدّهم مثل

هـذه الأشـياء كالساقـط عن الماليّه رأسا، بمعنى أنّهم لا يرون الماء فى الشطّ مثلا مع الماء فى البئر مماثلا فى الماليّه، و لمّا كانت المماثله فى الماليّه شـرطا فى ضـمان المثلى، و لا ريب أنّ اعتبار الماليّه و عدمها إنّما يكون بنظر العرف و قد أشـرنا أيضا إلى أنّ نظرهم فى باب الضمان [له] كمال مدخليّه.

فالأقوى فى المسأله؛ على حسب ما يقتضـيه حكم العرف الحكم بتبديل ضمان المثل بالقيمه فيما إذا سقط المثل عن الماليّه رأسا بحسب الشـرع أيضا، كما قوّى ذلك شـيخنا قدّس سرّه فى «المكاسب» أيضا (۱)، و إن كان التحقيق بحسب القواعـد هو ما قوّاه فى «الجواهر» (۲)، و لكن لاـ يخفى أن التبـدّل بالقيمه ليس على نحو الإطلاق، بل تعتبر القيمه للمثل فى أقرب الأمكنه من محلّ تلف المـاء إلى الشـطّ، و كـذلك آخر الأـزمنه من زمـان الصـيف أو مطلق الزمان من الأزمنه الّتى يفرض للجمـد قيمه إلى زمان الشتاء، و ذلك لما عرفت من أنّ الحكم بالتبدّل إنّما هو مخالف للقاعده، و إنّما يكون ذلك بحكم العرف الّذى منشأه عدم بقاء المماثله فى الماليّه بعد سـقوط المثل عن الماليّه رأسا، و لا إشـكال أنّ ذلك لا يقتضـى إلّا اعتبار أوّل درجه من القيمه له، إذ مع عـدم سـقوط المثل عن الماليّه رأسا حتّى يصل الماء إلى الشطّ مثلا، و يفرض له فى ما بين مكان التلف و نفس الشطّ مراتب من المـاليّه، فالالتزام بتبـدّل المثل إلى القيمه من أوّل الأمر- و هو مكان التلف- لا وجه له، بل التحقيق أنّ الالتزام بالتبـدّل هو [عنـد] أوّل زمان سقوط المثل عن القيمه رأسا، و ليس هو إلّا أقرب الأمكنه إلى الشطّ حتّى لا

۱- المكاسب: ۳/ ۲۳۸.

۲- لاحظ! جواهر الكلام: ۳۷/ ۹۹ و ۱۰۰.

یبقی المماثله فی المالیّه رأسا، و قد تحقّق أنّه لا یعتبر التماثل فی جمیع مراتب المالیّه، بل یکفی التماثل فی الجمله، کما لا یخفی.

أقول: نظیر هذا الفرع ما ذکره الفقهاء فی باب القرض من أنّه لو أسقط الدراهم و الدنانیر فلا یتبدّلان بالقیمه، بل باقیان علی مثلیّتهما، و بکلّ سکّه اقترضتا فلا بدّ أن یردّ منها بل یستشکلون التبدیل بالاختیار و التراضی للزوم الربا إلّا مع الشرط، فقد قوّی جوازه صاحب «الجواهر» قدّس سرّه و إن قال: إنّ المسأله غیر محرّره (۱).

و کیف کان؛ فلا بدّ أن یحمل إطلاق کلامهم علی عدم تبدّل المثل بالقیمه بما إذا کان للسکّه الساقطه من حیث المادّه المسکوکه علیها قیمه، کما هو ظاهر محلّ کلامهم، لکونه الدراهم و الدنانیر اللذین مادّتهما الفضّه و الذهب.

و أمّا إذا لم یکن کذلک، بل کانت المالیّه للمسکوک الرائج من جهه الاعتبار فقط، کما فی الکاغذ و نحوه، فلا بدّ أن نلتزم علی ما أفاده- دام ظلّه- من التبدّل بالقیمه، أی أوّل درجه من القیمه الّتی یفرض له، و کذلک لها نظائر اخر، کما فی باب الصرف و نحوه، فراجع!

قال فی «الشرائع»: (و إن لم یکن [المتلف] مثلیّا ضمن قیمته) .. إلی آخره (۲).

لا یخفی، أنّه بعد ذهاب المشهور إلی کون ضمان القیمیّات بالقیمه، بل کاد

۱- جواهر الکلام: ۳۷/ ۹۹ و ۱۰۰.

۲- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۴۰.

أن تكون المسأله إجماعيّه؛ لعدم الاعتناء بخلاف مثل ابن الجنيد (۱)- لو ثبت مخالفته- ففى المسأله من حيث وقت اعتبار القيمه أقوال، فـذهب بعض- كما نسـبه فى «الشـرائع» إلى الأكثر- إلى كونه حين الغصب (۲)، و آخرون إلى ثبـوت أعلى القيم (۳)، و جماعه إلى اعتبار القيمه حين التلف (۴)، و غير ذلك من الأقوال أو الوجوه الّتى هى نادره.

و كيف كان؛ فينبغى أوّلا البحث فى معنى قاعـده «اليـد» الّتى هى المدرك للضـمان بما يرتبط بالمقام، فنقول: إنّ فى قوله صـلّى اللّه عليه و آله و سلم: «على اليد» (۵) احتمالات.

الأـوّل؛ أن يكون المراد به فى ظرف وجود العين ثبوت تكليف محض، بـأن يكون المراد من لفـظ «على» إثبات إلزام على الآخذ بوجوب ردّ العين ما دامت موجوده، بلا اعتبار إثبات شـى ء على العهـده، ثمّ عند تلفها يعتبر إثبات مثلها أو قيمتها على العهده، و يكون ذلـك هو معنى كون الضـمان قضـيّه تعليقيّه، أى لو تلفت العين المغصوبه ثبت مثله أو بـدله على الـذمّه، و إلّـا فقبل ذلك ليس على العهده شى ء.

و لكن اسـتفاده هـذا المعنى من الحـديث بعيـده جـدّا، لأنّه يلزم على ذلك التفكيك فى لفظ الحـديث بالنسـبه إلى زمان وجود العين، بأنّ المراد منه تكليفا، و إلى زمان تلفها أن يكون المراد منه وضعا أيضا.

۱- نقله صاحب جواهر الكلام: ۳۷/ ۱۰۰.

۲- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۴۰، مسالك الإفهام: ۱۲/ ۱۸۵.

۳- المبسوط: ۳/ ۷۲ و ۷۵، السرائر: ۲/ ۴۸۱.

۴- المهذّب: ۱/ ۴۳۶ و ۴۳۷، الدروس الشرعيّه: ۳/ ۱۱۳.

۵- عوالى اللآلى: ۱/ ۲۲۴ الحديث ۱۰۶.

و أيضا؛ ظاهر هذه القضيّه- أى قاعده اليد- هو الحكم التنجيزى، فإنّ ظاهر قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى» (۱) أنّه يستقرّ المأخوذ على العهده عند وضع اليد عليه، مع أنّك قد عرفت أنّ لازم هذا المعنى هو كون المستفاد من هذه القاعده هو الحكم التعليقى، و أيضا لازم هذا المعنى أن لا يكون لصاحب المال حقّ الرجوع على الغاصب فى صوره بقاء العين و كونها عند غيره، فيأخذ من الغاصب بدل الحيلوله.

و بالجمله؛ فظهر أنّ استناد هذا المعنى إلى المشهور بأن يكون بناؤهم فى باب الضمان ذلك بعيد فى الغايه، لاستبعاد الإسناد إليهم المعنى الّذى يأباه الفهم العرفى استفادته من القاعده.

الثانى: أن يكون المراد من لفظ «على» اعتبار وجود للعين على اليد من أوّل الأمر و لو حين وجود العين، فإنّه يكون تحت اليد إلى حين الأداء، بأن يكون المشهور اعتبر وجودا للعين المغصوبه حين الغصب «على اليد» المكنّى بها عن «العهده» حتّى يردّ العين إلى صاحبها، و لازم ذلك وجوب ردّ العين عند وجودها، و مثلها عند تلفها لو كان لها المثل فى الغالب، و إلّا القيمه، و قد أشبعنا الكلام فى تحقيق هذا المعنى سابقا، و أيضا، لازم هذا المعنى استفاده الوضع من لفظ «على» من حين الغصب، فلا يجرى فيه المحذور السابق.

ثمّ إنّه قد يتوهّم أنّ لازم هذا المعنى- كما لا يبعد استناد ذلك إلى المشهور- أنّه ما دام وجود العين فهى ثابته على الذمّه، فعند تلفها و تعذّرها يتبدّل بالمثل لو كان مثليّا، و بالقيمه لو لم يكن كذلك، بمعنى أن تنقلب الذمّه إلى الذمّه الاخرى

۱- عوالى اللآلى: ۱/ ۲۲۴ الحديث ۱۰۶.

بحيث يكون خلع و لبس، فلذلک يترتّب عليه التوالى الفاسده من عدم الدليل على انقلاب الذمّه و غيره.

و لكنّک خبير أنّه لازم لهذا المسلک مع ما ذكر، و ذلک لأنّه لم لا يجوز أن تكون نفس العين بجميع خصوصيّاتها ثابته على الذمّه عند وجودها و بمرتبه منها، و هى مثلها لو كانت مثليّا عند تلفها، أو قيمتها لو لم تكن كذلک؟ بحيث تكون العهده من أوّل زمن الاشتغال مشغوله بنفس العين إلى زمان الأداء، إلّا أنّه فى كلّ زمان بمرتبه منها، فبسبب تعذّر العين يتبدّل حدّ وجوده و تشخّصه لا نفسها بشراشر وجودها كما فى باب القسم الثالث من الاستصحاب الكلّى، فبنوا على جوازه مع تبدّل الشخص فيه، و قد ثبت فى محلّه أنّه لا محذور فى ذلک لكون الذات الّتى هى موضوع الاستصحاب باقيه، إلّا أنّه لمّا اعتبر لها مراتب فبذهاب المرتبه الشديده منه لا يلزم أن ينقلب الموضوع، بل هو بنفسه فى المرتبه الضعيفه أيضا موجود، فكذلک فى ما نحن فيه لا بأس بأن نلتزم بمثله أبدا، و لا يمنع عنه دليل أصلا.

فعلى ذلک؛ لا- يلزم التصرّف فى قوله: «حتّى تؤدّى» أيضا، كما هو لازم [على] المعنى الثالث، و ذلک لأنّک عرفت أنّ الثابت على الذمّه فى كلّ آن إنّما هو ما يتمكّن من أدائه من نفس العين أو ما هو الأقرب إليها عند تعذّرها، و من المعلوم أنّه لا يجب الأداء إلّا ما هو ثابت على الذمّه، و إن كان ذلک خلاف ظاهر لفظ القاعده، فإنّ ظاهرها أنّ المؤدّى يجب أن يكون نفس ما اخذ، فيحتاج على هذا المسلک تصرّف فى ظاهر هذه الجمله بأن يكون المراد أداؤه أو مرتبه منه بقدر المتمكّن عليه، و لكن هذا التصرّف لا يضرّ بهذا المسلک، لأنّه ستعرف أنّ

هذا على كلّ التقادير محتاج إليه.

نعم؛ على هذا المعنى الإشكال فى أمرين: أحدهما فى أنّه إذا اختلف نقد البلد فعند تعذّر العين فى القيمى أو المثلى المتعذّر مثله أىّ واحده من النقود الّتى اعتبر ذلك مرتبه لنفس العين تثبت على الذمّه؛ لأنّ أحدها المعيّن ترجيح بلا مرجّح، و الغير المعيّن غير قابل للتحقّق، و الجامع أيضا أنكرناه سابقا.

و يمكن أن يجاب عن ذلك بأنّه يثبت أحدها بنحو التخيير على سبيل البدليّه على الذمّه، فتأمّل!

و ثانيهما: أنّه ما الدليل على تبدّل مراتب العين بسبب التعذّر ما لم يصل زمان الأداء، فلم لا يلتزم بثبوت نفس العين على العهده إلى زمان الأداء فتتبدّل المرتبه حينه، كما هو مبنى الاحتمال الثالث؟

و هذا أيضا؛ مدفوع بأنّ هذه الامور الاعتباريّه تابعه لاعتبار العقلاء، و يمكن الدعوى قريبا بأنّ اعتبار العقلاء (1) وجود العين فى كلّ زمان إنّما يكون بما يمكن أداؤها، و لا إشكال أنّه حين تلف العين لا يمكن إلّا أداء المثل أو القيمه، و لا دليل على اعتبار العقلاء وجود العين و بقاءها عند التلف أزيد من ذلك.

الثالث: هو أن يكون المراد من لفظ القاعده اعتبار بقاء العين بجميع خصوصيّاتها و لو بعد التلف «على اليد [ما أخذت] حتّى تؤدّى» فتنقلب إلى المثل أو القيمه حين الأداء، بحيث يلاحظ النقص فى العين عن خصوصيّتها وقت الأداء و الالتزام بذلك لعدم تأديه العين بجميع مراتبها عنده.

۱- يستفاد من «جامع المقاصد» فى باب الدين فيما لو أسقط السلطان الدراهم المقترضه ما يندفع به هذا الدفع، بل يقوى به الاحتمال الأخير، فراجع! «منه رحمه اللّه»، (جامع المقاصد: ۵/ ۴۱ و ۴۲).

و هذا ما سلكه بعض أعاظم المعاصرين فى معنى القاعده- كما أوضحناه فى أوّل الباب عند شرح القاعده- فالتزم بكيفيّه ثبوت الضمان كذلك (۱).

و لا يخفى؛ أنّ إثبات هذا المعنى موقوف أوّلا على مساعده العرف و اعتبار العقلاء وجود العين بخصوصيّتها على العهده و عدم تنزّلها عن هذه المرتبه فى طرف التلف، فإثبات المعنى السابق، كما لا يبعد الدعوى قريبا كونه مرادا للمشهور لا تبديل الذمّه، و استظهاره من الحديث أقلّ مئونه من هذا المعنى، و بعيد مساعده العرف فى هذا الاعتبار.

و ثانيا؛ إلى الالتزام بشبه استخدام فى قوله: «حتّى تؤدّى» كما هو ظاهر.

هذه كلّها تصوّرات و احتمالات فى الحديث، و قد عرفت عدم السبيل إلى الالتزام بالأوّل، و عدم الدليل لإثبات المعنى الثالث؛ لعدم ثبوت مساعده العرف له، فيتعيّن الاحتمال الثانى الّذى بنينا على كون مسلك المشهور عليه.

فانقدح ممّا ذكرنا عدم الوجه للالتزام بضمان القيمه حين الغصب؛ لعدم اشتغال الذمّه عنده إلّا بنفس العين، و عدم اعتبار القيمه وقت الغصب و الأخذ أصلا حتّى تشتغل الذمّه به.

و أمّا اعتبار قيمه وقت الأداء- كما ذهب إليه بعض محشّى «المكاسب» (۲)- أيضا فاسد، لأنّ مبناه هو الاحتمال الثانى من معنى الحديث، و قد عرفت عدم تماميّته.

و أمّا اعتبار أعلى القيم فنشير إلى بطلانه أيضا، فيقوى القول بضمان قيمه

۱- راجع! الصفحه: ۵۲۳ من هذا الكتاب.

۲- حاشيه المكاسب للسيّد كاظم اليزدى: ۹۶.

وقت التلف؛ لما ظهر من أنّ حين التلف تتبدّل الذمّه بالمعنى الماضی من العين إلى القيمه فی القيميّات فيتعيّن اعتبار القيمه عند التلف، ضروره أنّه عند ذلك تشتغل الذمّه بالقيمه، فلا وجه و لا دليل على تبدّل الذمّه عمّا اشتغلت به إلى غيره، بل الذمّه مستقرّه على ما تعلّقت به من القيمه و لا يزيلها عنها إلّا تأديتها، كما لا يخفى.

هذا ما تقتضيه القاعده فی المقام فلا بدّ من الالتزام بها ما لم يثبت من الشرع ما يوجب رفع اليد عنها من المخصّص و غيره.

و إنّما الكلام فی المخرج عن القاعده، فقد يقال: إنّ المستفاد من صحيحه أبی ولّاد المشهوره ما هو المخالف لها، فالأولى البحث عنها بذكر بعض فقراتها بما يرتبط منها بالمقام.

فأقول: إنّ منها قوله عليه السّلام فی جواب السائل: أ رأيت لو عطب البغل أو أنفق أ ليس كان يلزمنی؟ «نعم قيمه بغل يوم خالفته» (۱).

فقد احتمل بعض: كون لفظ «نعم» جوابا عن النفی لا عن المنفیّ لأنّها جواب عن النفی، فتصير معنى القضيّه أنّه ليس يلزمك، كما فی قوله تعالى:

أَ لَسْتُ بِرَبِّكُمْ (۲) فقد قيل: إنّه لو قالوا: «نعم» لكفروا، فاللازم أن يقولوا:

«بلى» لكونه جوابا للمنفیّ، بخلاف «نعم»، و مرجع هذا المعنى يكون إلى سكوت الإمام عليه السّلام عن الجواب لتقيّه و نحوها.

و لكن أصل هذا المعنى مع ما يترتّب عليه كما ترى، فالاحتمال القویّ فی

۱- وسائل الشيعه: ۲۵/ ۳۹۰ الحديث ۳۲۱۹۹.

۲- الأعراف (۷): ۱۷۲.

هذه الفقره سؤالا و جوابا أمران:

الأوّل: أن يكون غرض السائل استنكاره لضمانه الكراء مع ضمان العين لما ارتكز فی ذهنه من أنّ الخراج بالضمان، فكيف يجتمعان فيكون سؤاله استفهاما إنكاريّا لا حقيقيّا، و غرضه الاحتجاج على الإمام عليه السّلام بما يرى من التنافی بين ضمان العين و كون خراجها للمالك، بل لا بدّ و أن يكون خراجها- أی منافعها- للضمناء فلا يتعلّق عليه الكراء، و على هذا الاحتمال يكون الجواب غير مرتبط بالسؤال؛ لأنّ لازم هذا السؤال أن يكون الإمام عليه السّلام مجيبا بعدم التنافی لا بثبوت الضمان، لكونه مسلّما عند السائل و عدم احتياجه إليه، فكأنّه يرجع ذلك إلى إعراض الإمام عليه السّلام عن الجواب الحقيقی، فتأمّل!

الثانی: أن يكون الاستفهام حقيقيّا، و منشأه حكم أبی حنيفه بذلك (۱)- أی بضمان المستأجر الدابّه عند مخالفته، و جعل ذلك سببا لحكمه بعدم اشتغال ذمّه المستأجر بالكراء- فالسائل يستفهم فتوى الإمام عليه السّلام و صحّه ما أفتى به أبو حنيفه من هذه الجهه أم لا؟ بل ذلك مثل الجهه الاخرى باطله، فعلى ذلك يكون الجواب مرتبطا بالسؤال، و يكون غرض الإمام عليه السّلام رفع جهل السائل.

و الّذی يقرّب هذا الاحتمال هو قول السائل: «أ رأيت لو عطب البغل» (۲) .. إلى آخره، فإنّ الظاهر منه أنّه يريد استكشاف نظر الإمام عليه السّلام لا كونه فی مقام الاحتجاج و الجدال.

۱- بدايه المجتهد: ۲/ ۳۲۱.

۲- وسائل الشيعه: ۲۵/ ۳۹۱ الحديث ۳۲۱۹۹.

و کیف کان؛ فالّذی یحتمل فی قوله علیه السّلام: «یوم خالفته» (۱) وجوه:

أحدها: أن یکون الظرف قیدا للملازمه الّتی سأل السائل عنها، و هی الملازمه بین التلف و کون ضمان التالف علیه، فأجاب الإمام علیه السّلام عن ثبوت هذه الملازمه الّتی کانت مرتکزا فی ذهن السائل یوم المخالفه، فأخبر علیه السّلام بتحقیق هذه القضیّه التعلیقیّه یوم الغصب.

ثانیها: أن یکون متعلّقا بالجزاء فقط و هو لفظ «یلزمک» المستفاد من قوله علیه السّلام: «نعم» و یکون المعنی: أنّه یلزمک یوم المخالفه قیمه التالف، و هذا یرجع إلی أنّ تحقّق لزوم الضمان یوم الغصب علی نحو الواجب المعلّق، و لازم هذا المعنی أمران:

الأوّل؛ کون الجواب ردع السائل [عن الوهم] لأنّه قد ارتکز فی ذهنه تعلّق الضمان علیه یوم التلف و قد ردعه الإمام علیه السّلام عنه بأنّه یتعلّق بک یوم المخالفه، و هذا خلاف ظاهر سیاق قضیّه الجواب و إن یدلّ علی کونه علیه السّلام فی مقام التسلیم، کما لا یخفی.

الثانی: جعل الضمان علیه مستقرّا لیوم التلف، أی من یوم الغصب یستقرّ علی ذمّه الغاصب ضمان التالف، و هذا مخالف للإجماع، ضروره أنّه لم یذهب أحد إلی استقرار الضمان علی الغاصب بالأخذ و وضع یده علی مال الغیر، بل التحقیق أنّ القضیّه التعلیقیّه الّتی هی مفاد الضمان بحالها إلی حین التلف، و لم یتعلّق بذمّه الغاصب شی ء و لو معلّقا إلّا بالتلف، فظهر أنّ احتمال هذا المعنی بعید فی الغایه.

۱- وسائل الشیعه: ۲۵/ ۳۹۱ الحدیث ۳۲۱۹۹.

ثالثها: أن يكون الظرف متعلّقا لقوله عليه السّلام: «قيمه بغل يوم خالفته» إمّا باعتبار أنّ القيمه هى بمعنى العوض و هو مصدر، أو يكون قيدا للاختصاص المستفاد من إضافتها إلى البغل.

هذه احتمالات فى معنى هذه الفقره من الحديث، و أمّا لوازمها فمعنى الأوّل لا ينافى ما قلنا من اقتضاء القاعده ضمان قيمه يوم التلف؛ إذ قد ظهر أنّ المراد بالظرف على ذاك المعنى يكون أنّ من يوم صيروره يد المستأجر يد ضمان يتعلّق بذمّته قيمه البغل، و إنّما عبّر عنه بالنكره للإشاره إلى أنّه لمّا كان البغل المستأجر ميّتا فيفرض بغل مثله فيعتبر قيمته به.

و بالجمله؛ فلا يكون مدلول الحديث أزيد من ذلك، و أمّا بالنسبه إلى اعتبار أىّ يوم للقيمه فساكت، و لا يستفاد منه شى ء من هذه الجهه كما هو ظاهر، و كذلك لازم المعنى الباقى الّذى قد عرفت بعده أيضا مثل ذلك.

و أمّا المعنى الأخير؛ فواضح أنّ لازمه تعيين يوم اعتبار القيمه و هو يوم الغصب أيضا، فعليه تكون الجمله الجوابيّه مضافا لتعرّضها للجواب عن المسئول عنه- و هو ثبوت أصل الضمان- أيضا مشتملا على أمر زائد و هو تعيين اليوم الّذى لا بدّ من اعتبار قيمه البغل فيه.

و أمّا الكلام فى استظهار هذه المعانى و ترجيح بعضها على الآخر؛ فلا يبعد استظهار المعنى الأخير، فإنّ المتبادر من هذه المعانى إلى الضامن من أول الأمر خصوصا لمن كان خالى الذهن عن الاحتمالين الأخيرين، هو أنّ الضمان يتعلّق بقيمه يوم المخالفه و انسباق المعانى الأخر إلى الذهن إنصافا يحتاج إلى مئونه زائده على ما يتبادر من جمله «قيمه بغل يوم خالفته» كما لا يخفى.

و لكن الّذى يبعّد هذا المعنى هو أنّ الجواب لا ينطبق على السؤال كما ينطبق عليه غيره من الاحتمالين، لأنّ السؤال إنّما هو عن أصل الضمان لا عن كيفيّته حتّى يصير هذا الجواب قابلا له.

و بالجمله؛ إنّ الجواب على هذا المعنى لا يرتبط بالسؤال كما يرتبط الاحتمال الأوّل كما لا يخفى لمن تأمّل.

و لكنّ الّذى يشكل الأمر؛ هو أنّ الأصحاب ما استفادوا من الحديث ذلك، فإنّ من التزم بكون المناط فى الضمان قيمه يوم التلف- كما أنّ الشهره المتأخّره مستقرّه على ذلك- قد أفتوا على خلاف هذا المعنى، و إن كان لم يعلم كون وجه إفتائهم و مستندهم هذا الحديث، و قد عرفت أنّ مقتضى القاعده هو الفتوى بذلك و إن كان يحتمل أن يعتمدوا على هذا الحديث أيضا، لاستظهارهم المعنى الأوّل منه، و إحرازهم عدم الخصوصيّه لهذا القيد، أى «يوم المخالفه» لاختلاف التعبير فى الحديث، فقد عبّر بعد ذلك بجمله «بيوم الاكتراء» و كذلك بعده عند بيان حكم الأرش قد اعتبر «يوم الردّ» فمن هذا الاختلاف استفادوا عدم الاعتبار بقيمه ذاك اليوم، و إنّما عبّر به لعدم اختلاف القيمه غالبا من يوم الغصب إلى يوم التلف فى خمسه عشر يوما، و كذلك الّذين اعتبروا قيمه يوم الغصب أيضا ما تمسّكوا بهذا الحديث، و إنّما اعتمدوا على ما توهّموا من اقتضاء القاعده ذلك.

و بالجمله؛ فيدور أمر الحديث بين طرح هذه الفقره منه أو حمله على ما ذكر، و لمّا لم يظهر اعتماد الأصحاب عليه، فالظاهر أنّها مطرحه.

بقى الكلام فى فقه الحديث بالنسبه إلى جزأيه الآخرين، و هو قوله عليه السّلام:

«أو يحلف صاحب البغل أو يأتى بشهود يشهدون أنّ قيمه البغل يوم الاكتراء

کذا» (۱)، و المشکل فیهما أمران:

الأوّل: أنّ صاحب البغل مع أنّه مدّع للزیاده کیف یکون القول قوله؟

و الثانی: أن الحلف و البیّنه لیسا وظیفتین لشخص واحد، فکیف أضاف کلیهما الإمام علیه السّلام إلی صاحب البغل؟

أمّا الأوّل منهما؛ فقد دفعوه بحمله علی فرض نزاعهما فی صوره التناقض بأن اجتمع صاحب البغل و المستأجر علی کون قیمته قبل المخالفه أو التلف کذا، و لکنّ المستأجر یدّعی نقصان القیمه عندهما عمّا کانت القیمه علیه قبل المخالفه أو التلف فأنکر المالک ذلک.

و أمّا الثانیه؛ فحمله شیخنا قدّس سرّه علی ما لو اختلفا فی القیمه قبل التلف مع توافقهما علی بقائها علی ما کانت علیه إلی حین التلف، فیکون الحدیث متکفّلا لحکم صورتین من تنازعهما (۲).

هذا؛ و لکن حمل الحدیث علی بیان حکم فرضین مختلفین بعید عن مساقه، کما لا یخفی، فالأولی إمّا حمل الحلف علی المتعارف منه لإقناع المنکر، أو حمل البیّنه علی إقامه الحجّه لشخص المدّعی لا لدفع الخصومه عند الحاکم حتّی قیل بأنّ إقامه البیّنه لیست وظیفه له، بل یکون المراد بالبیّنه فی المقام هو ما أشیر إلیه فی روایه مسعده من قوله علیه السّلام: «الأشیاء کلّها علی هذا حتّی یستبین [لک غیر ذلک] (۳) أو تقوم به البیّنه» (۴).

۱- وسائل الشیعه: ۲۵/ ۳۹۰ ذیل الحدیث ۳۲۱۹۹، مع اختلاف.

۲- المکاسب: ۳/ ۲۵۲.

۳- أثبتناها من المصدر.

۴- وسائل الشیعه: ۱۷/ ۸۹ الحدیث ۲۲۰۵۳.

و من البداهه؛ أنّ ذلک لا ینافی کون إقامه البیّنه وظیفه للمدّعی لا للمنکر، إذ هی ما تقوم عند الحاکم لا مطلق الحجّه المستفاده من الروایه الّتی هی وظیفه عامّه لا تختصّ ببعض دون بعض، و قد خصّص ذلک بإقامه البیّنه المختصّه بالمدّعی عند الحاکم، و بالنسبه إلی غیره علی عمومها باقیه، فکلّ من أقام الحجّه الشرعیّه، منکرا کان أم مدّعیا فی غیر الصوره المفروضه یجب علی غیره قبولها و ترتیب الأثر علیها.

و الشاهد علی کون المراد بالبیّنه ذلک لا القائمه عند الحاکم هو قوله علیه السّلام بعد ذلک: «فیلزمک» ضروره أنّ اللزوم بمقتضی قول الشاهد فی باب الخصومه مترتّب علی حکم الحاکم لدخول الشهود. فترتیب الإمام علیه السّلام الإلزام علی الشهاده کاشف عن کون المراد بها هاهنا الحجّه لا البیّنه عند الحاکم حتّی ینافی الوظیفه، فافهم!

ثمّ إنّه؛ تلخّص ممّا ذکرنا أنّ الأقوی فی الأقوال و الاحتمالات هو اعتبار قیمه یوم التلف؛ إذ هو الّذی کانت تقتضیه القاعده، و قد عرفت أنّه لم یظهر من الحدیث ما یخالفها و لا ما یصیر مدرکا لسائر الأقوال، فظهر ضعفها أیضا فتعیّن المصیر إلی ما تقتضیه القاعده.

و أمّا احتمال اعتبار أعلی القیم؛ سواء کان من یوم الغصب إلی یوم التلف أو من یومه إلی الردّ فهو أضعف الأقوال، و لا یساعده الاعتبار، بل القاعده الّتی هی أصاله البراءه تردّه، فلا وجه لهذا القول أصلا، إذ ما دامت العین باقیه لا تلاحظ القیمه حتّی لو زیدت فی الأثناء فتشتغل الذمّه بالأعلی، و أمّا بعد التلف فتستقرّ علی الذمّه القیمه الموجوده المفروضه للعین عنده؛ لأنّ ما تشتغل الذمّه به لا بدّ

و أن يكون متقدّرا، و إلّا فغير المتقدّر ليس قابلا لاشتغال الذمّه به، و من المعلوم أنّه إذا اشتغلت الذمّه بالقيمه المتقدّره فليست قابله للتبدّل إلّا بالتراضى و نحوه.

و بالجمله؛ فلا يتصوّر أن تتبدّل الذمّه بنفسها عمّا اشتغلت به عند التلف إلى غيرها، و لقد أجاد فى «الجواهر» فى ردّ هذا القول، فراجع! (۱)

فروع

ثمّ إنّ بعد ظهور الأحكام الكليّه للمثلى و القيمى و الضابط بينهما، هنا فروع جزئيّه نتعرّضها، ففى «الشرائع»: (الذهب و الفضّه يضمنان بمثلهما) .. (۲)

إلى آخره.

لا يخفى؛ أنّ هنا صورا: فإنّ الذهب و الفضّه إمّا أن يكونا مسكوكين أو غير مسكوكين، و كلّ منهما إمّا أن يكون فارغا- بمعنى أنّه لم يكن عليهما شى ء من الحلىّ و الصنعه- أو لم يكن فارغا، و ما يكون عليه الصنعه إمّا أن يكون صنعه محلّله أو محرّمه.

أمّا لو كانا فارغين؛ سواء كانا مسكوكين أو غير مسكوكين فلا إشكال فى كونهما مضمومنا بالمثل دون القيمه؛ لانطباق ضابطه المثلى عليهما على ما عرّفناه من أنّه الّذى يكون له أفراد نوعيّه غالبه مثله فيما له المدخليّه فى الماليّه، فمناط المثليّه ذلك، لا ملاحظه النسبه المتساويه فى الأجزاء، فإنّ هذا التعريف لا يتمّ طردا و عكسا، بل أقلّ قليل من المثليّات تبقى تحت هذا الضابط، و أكثرها يدخل فى القيميّات كالمصنوعات بالمكائن فى زماننا، و غيرها، كما أسلفنا ذلك.

۱- لاحظ! جواهر الكلام: ۳۷/ ۱۰۶ و ۱۰۷.

۲- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۴۰.

و إنّما الإشكال هنا؛ فی المسأله من حیث الربا و جریانه فی باب الضمانات کما بنی علیه المحقّق، و لذلک أفتی فی المقام فیما لو تعذّر مثلهما و انتهی الأمر إلی ردّ قیمتهما، فلا بدّ من مراعاه شرائط الربا (۱) من کون القیمه الّتی تکون من نقد البلد مساویه مع التالف وزنا مع کونها من جنسه، و إن لم یکونا متساویین فیعطی القیمه من غیر الجنس، و عدم جریانه فی الضمانات لعدم کونها معامله معاوضیّه مع اختصاص أدلّه الربا بباب المعاوضات، کما مال إلی ذلک صاحب «الجواهر» قدّس سرّه (۲).

و لکن التحقیق: أنّه لو منع من جریان أدلّه الربا الوارده فی باب المعاملات هنا لکان فی محلّه، لاختصاصها بباب البیع، و إنّما تعدّی الأصحاب منه إلی غیره من أبواب المعاملات لتنقیح المناط الّذی لا ینطبق علی باب الضمانات، إنّما الکلام فی جریان ما دلّ علی حرمه الربا فی باب القرض هنا لکونه أشبه بباب الضمانات من دون المعاملات، فکما أنّ باب الغرامات لیست معاوضه، بل إنّما هی- علی ما بیّنا- خلاصه للمالیّه الفائته، و مرتبه من مراتبها نظیر قاعده «المیسور» فی العبادات، فلیس المأخوذ غرامه عنوانه عنوان العوض و البدل عن الفائت، فکذلک باب الدین، فلیس ما یأخذه الدائن بدلا عمّا أعطی، بل مرتبه من مراتبه بمعنی تجاوزه عن خصوصیّته و أخذ مالیّته فی ضمن خصوصیّه اخری، فهو حین إعطائه الدین لیس نظره إلی تبدیله بغیره، بحیث یقوم شی ء آخر مقامه عند الأداء کما فی المعاملات، بل فی الحقیقه نظره إلی أخذ شخص

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۴۰.

۲- جواهر الکلام: ۳۷/ ۱۰۸ و ۱۰۹.

المالیّه الموجوده فی ضمن العین و إرجاعها إلی نفسه، فقول الدائن- مثلا-:

علیک عوضه، إنّما هو تضمین لا أن یکون تبدیلا، و لذلک إنّما بنوا علیه أنّ عند وجود العین لو ردّها المدیون إلیه یجب علیه القبول، هذا موافق لما تقتضیه القاعده فی باب القرض، و ذلک لما عرفت من عدم کونه مشتملا علی المعاوضه، بل هو تضمین محض، بحیث لو أمکن ردّ الخصوصیّه فی کلّ المقامات یجوز له ذلک و یجب علیه القبول، و لکن لمّا لم یمکن ذلک دائما فعلیه أن یردّ المالیّه المحفوظه الغیر الخارجه عن ملک المالک فی ضمن خصوصیّه اخری، و هذا؛ بخلاف باب المعاملات، فإنّ فیها الخصوصیّه و المالیّه خارجه عن ملک کلّ واحد من الطرفین و داخله فی ملک الطرف الآخر، و یقوم مقامه بعنوان البدلیّه ما یخرج عن ملک کلّ واحد منهما.

فإذا ظهر من ذلک کون باب القرض من سنخ باب التضمینات، مع أنّه منع فیه عن الربا، فکذلک لا بدّ من الاحتراز عنه فی باب الضمانات مطلقا، لجریان مناط المنقّح فیها کما تعدّوا عن باب البیع إلی غیره من المعاملات لذلک أیضا.

أقول: لا یخفی أنّه مع تسلیم کون باب القرض من سنخ التضمینات دون المعاملات ظهور الفرق بین باب القرض و باب الغرامات، و ذلک لاشتماله علی التملیک الاختیاری أیضا، و لا أقلّ من تملیک الخصوصیّه کما عرّف بأنّه عقد یفید التملیک، بخلاف باب الغرامات، فلیس فیها شائبه التملیک أبدا.

و بالجمله؛ فباب القرض أوّلا فیه جهه معاملیّه دونها، و ثانیا إنّ الضمان الجعلی غیر الضمان الانجعالی، و من المعلوم أنّ التضمین المستلزم للربا ممنوع عنه دون ما لو استلزم ذلک الضمان القهری المترتّب علی التلف، و لذلک بنی- دام ظلّه- فی خیار العیب- فیما لو کان العوضان ربویّین- بجواز أخذ الأرش عند

ظهور العيب فى أحدهما، وفاقا لجماعه من الأساطين (۱)، و إن استشكل فيه شيخنا قدّس سرّه (۲)، مع أنّ مستنده ما كان إلّا أنّ الأرش غرامه.

فانقدح بما ذكرنا أنّ إسراء حكم باب القرض إلى المقام مشكل؛ لعدم خلوّ المسأله من القياس الّذى ليس من مذهبنا، و إن دفع بعض ذلك- دام ظلّه- بما ليس بدافع (۳).

و أمّا فيما لم يكن فارغا بل كان عليهما صنعه محلّله لها القيمه، و هذا يكون على قسمين، لأنّ المغصوب الّذى أضيف إليها الصنعه كلّيه- سواء كان ذهبا أو فضّه أو غيرهما- إمّا يكون المصنوع انقلب حقيقته عند العرف، كالقطن المغزول الّذى صار ثوبا، أو لم ينقلب حقيقته، مثل النحاس الّذى يصنع كأسا، ففى الأوّل؛ لمّا لم ير المغصوب و ما عليها من الصنعه أمرين فى نظر العرف، ففيه المجموع يعدّ شيئا واحدا، فإن كان مثليّا فيردّ المثل عند تلفه و إلّا فالقيمه.

ضروره؛ أنّ من أتلف ثوبا أو قماشا لم يصدق أنّه أتلف شيئين، فبإتلافه أصل المادّه يجب ردّ المثل، بأن يردّ مقدارا من القطن أو الصوف أو غيرهما، ثمّ يردّ قيمه الصنعه الّتى عملت فيهما.

و فى الثانى: فقضيّه عدّهما أمرين لعدم تبدّل الهيئه عند العرف، بل النحاس- مثلا- بحقيقته الآن أيضا موجود ضمان أمرين: القيمه للصنعه، و المثل للأصل.

۱- تذكره الفقهاء: ۱/ ۵۳۱.

۲- المكاسب: ۵/ ۳۱۸.

۳- من أنّ ما ذكر من بعض الخصوصيّات فى باب القرض ليس مقوّما للموضوع حتّى يضرّ باستخراج المناط و غيره، فتأمّل! «منه رحمه اللّه».

و قد یشکل هنا أیضا؛ فیما لو کان الأصل و ما یردّ من قیمه الصنعه ربویّین بأن یکون نقد البلد من النحاس فلشبهه الربا قد یقال بمنع جواز ردّ الزیاده، و لکنّ الأمر هنا أسهل، بمعنی أنّه و لو منعنا فی الصوره الاولی الزیاده لجریان الربا فی باب الغرامات فلا یلزم المنع هنا؛ لضروره الفرق بینهما، و ذلک لأنّ ما یؤخذ هنا من الزیاده هو فی مقابل الصنعه الّتی لها القیمه عند العرف، و لا ربط لها بالأصل، بخلاف الصوره الاولی، فإنّ فیها لا یقع فی مقابل الزیاده شی ء سوی الأصل.

أقول: لو قلنا بأنّ فی باب الربا المصنوع و غیر المصنوع یعدّان جنسا واحدا، و غیر منقلب عن أصله، بمعنی لا یعدّ الصنعه أمرا زائدا علی الأصل حتّی یصحّ اعتبار قیمه لها فیشکل الأمر هنا، کما لا یخفی، إلّا أن یقال بأنّ الممنوع منه إنّما هو فی باب المعاملات فلا یجوز فیها جعل کلّ واحد منهما عوضا عن الآخر، إلّا أن یکونا متساویین بخلاف المقام، فتأمّل!

تأسیس الأصل عند الشکّ فی المثلی و القیمی

بقی الکلام فی بیان تأسیس الأصل فی المثلی و القیمی فیما إذا دار الأمر بینهما عند الشکّ، و لا یخفی أنّ الأصل فی ذلک یختلف علی اختلاف المسالک فی باب الضمان فی کیفیّته.

أمّا علی ما ینسب إلی المشهور (۱) من أنّ بناءهم علی أنّ ما دام بقاء العین لا تشتغل الذمّه بشی ء أصلا، و إنّما الاشتغال بالمثل أو القیمه إنّما هو عند التلف،

۱- و لیس مع بقائها إلّا الحکم التکلیفی المحض بوجوب الردّ و الأداء، کما صرّح به فی «الجواهر» فی طیّ الکلام فی بدل الحیلوله (جواهر الکلام: ۳۷/ ۱۳۰- ۱۳۳)، «منه رحمه اللّه».

فلا إشكال أنّه لمّا يصير الأمر من باب دوران الأمر بين المتباينين؛ ضروره أنّه لا يعلم أنّ من أوّل الأمر- أى حين التلف- أيّهما تعلّق بالذمّه، فلا أصل فى البين نجعله مرجعا، فالأمر يرجع إلى الصلح، كما هو المرجع مطلقا فى حقوق الناس عند عدم الأصل، و يمكن الالتزام بالرجوع إلى القرعه، لكونه لكلّ أمر مشكل، لا إلى التنصيف فى المثل و القيمه إن تمّ دليل القرعه.

أقول: لا مانع هنا من الرجوع إلى الاحتياط لتحصيل البراءه كما هو الأصل فى دوران الأمر بين المتباينين، إلّا أنّ الفرق بين المقام و حقوق اللّه أنّه لمّا كان تحصيل البراءه فيها متوقّفا على الجمع بين المتباينين فى الأداء فالتزم به، بخلاف المقام فهى تحصيل بأداء المثل، و إن كان يمكن أن يقال بأنّ ذلك موقوف على العلم باشتغال الذمّه بما زاد على القيمه- أى المثل- حتّى يكون المبرئ للذمّه يقينا هو المثل، و المفروض أنّ الشكّ إنّما هو فى أنّ الذمّه بأيّهما اشتغلت من أوّل الأمر، فهذا يناسب القول باشتغال الذمّه أوّلا بالعين ثمّ انقلابها بالتلف المثل أو القيمه.

و أمّا ما قوّينا كونه مسلكا للمشهور فعليه الأصل يقتضى ردّ المثل، و ذلك لأنّ المفروض أنّه اشتغلت الذمّه بنفس العين بجميع مراتبها الشخصيّه، فيحصل الشكّ فى أنّه بسبب التلف خرجت من الذمّه بجميع مراتبها سوى مرتبه قيمته أم لا، بل بقيت عليها بمرتبه مثلها؟ و لا ريب أنّ المتيقّن ذهابها عن الذمّه بمرتبتها الشخصيّه، أمّا المثليّه فمشكوك فيه فيستصحب بقاؤها بهذه المرتبه، فيتعيّن المثل، و يمكن التمسّك بالاشتغال أيضا إذ الذمّه اشتغلت أوّلا بالعين، و بالتلف لمّا لم يمكن أداء نفسها فتنقلب فيشكّ فى أنّه هل بردّ القيمه تحصل البراءه أم لا؟

و الأصل عدم حصولها إلّا بردّ المثل.

إن قلت: إنّ قاعده الإتلاف و إن كانت تقتضى ما ذكر من ثبوت نفس العين على الذمّه الّذى لازمه عدم حصول البراءه اليقينيّه إلّا بردّ المثل، إلّا أنّ القاعده مخصّصه بالتعذّر بمعنى أنّه عند تعذّر المثل لا يجب إلّا ردّ القيمه.

لا يقال: إنّ التعذّر مخصّص عقلى و لا محذور من التمسّک بالعامّ المخصّص بالدليل اللبّى فى الشبهات المصداقيّه.

لأنّا نقول: مضافا إلى كون مخصّص بالدليل اللفظى أيضا كما اشير إليه سابقا، مثل صحيحه أبى ولّاد (۱) و السفره المطروح فيها اللحم (۲) و غير ذلک (۳) ممّا حكم فيه فى لسان الأخبار بردّ القيمه.

قلت: ليس هذا هو التمسّک بالعامّ فى الشبهه المصداقيّه؛ لأنّ المصداق للعامّ انطباقه أوّلا كان محرزا مسلّما، بل إنّما المتمسّک به هو استصحاب العامّ الثابت أوّلا يقينيّا.

أقول: و لكن هذا يتمّ لو بنى على كون تبدّل العين الثابته على الذمّه بالغصب، و تنزّلها إلى القيمه فى القيمى بالتلف إنّما يكون بعد تنزّلها من الخصوصيّه العينيّه إلى المثل أوّلا ثمّ منه إلى القيمه، بحيث يفرض لذلک درجات و مراحل فى المثلىّ المتعذّر، لا بأن تكون العين فى القيميّات متبدّله و متنزّله إلى القيمه من أوّل الأمر حتّى يصير من دوران الأمر بين المتباينين و لم يبق موضوع

۱- وسائل الشيعه: ۲۵/ ۳۹۰ الحديث ۳۲۱۹۹.

۲- وسائل الشيعه: ۳/ ۴۹۳ الحديث ۴۲۷۰.

۳- انظر! وسائل الشيعه: ۱۹/ ۱۱۹ الباب ۱۷ من أبواب كتاب الإجاره.

للاستصحاب مع أنّه مجال للمنع عن ذلک.

و أمّا على المسلک الثالث؛ و هو بقاء نفس العين بهويّتها على الذمّه إلى حين الأداء، فعنده لو كانت تالفه ينقلب إلى المثل أو القيمه عند التعذّر النوعى للأوّل و عدم القدره على أدائه كذلک فلا [شکّ] فى أنّ المرجع استصحاب بقاء الاشتغال إلى أن يردّ المثل.

ضروره؛ إنّما الشکّ فى أنّه هل العين الثابته على الذمّه بجميع خصوصيّاتها حتّى المثليّه انقلبت إلى المرتبه الماليّه الصرفه الّتى تتعيّن فى القيمه أم لا، بل إنّما التنزّل بمرتبتها الشخصيّه فقط دون المثليّه؟ و الاستصحاب يقتضى ذلک، أى انقلاب المرتبه الشخصيّه دون المثليّه؛ لأنّ المتيقّن هى لا غير.

هذا؛ فيما إذا شکّ فى أصل ضمان المثل أو القيمه، أمّا فيما إذا شکّ فى طروّ التعذّر و عدمه، بمعنى أنّه كون أصل الضمان مثليّا لا إشكال فيه، و إنّما الشکّ فى أنّه يصدق التعذّر بعد ذلک للإعواز و مثله أم لا؟ لا يخفى أنّ الأصل فى هذه المسأله يختلف باختلاف المبنى فى باب الاستصحاب، من أنّه عباره عن جعل المماثل أو الأمر بالمعامله.

و تفصيل ذلک؛ أنّ فرض المسأله إنّما هو فيما إذا كان ضمان المثل معلوما، أى يكون التالف ممّا يكون له نوعا ما يساويه فى الماليّه، و كان حين استقرار الضمان، له الأفراد الغالبه، ثمّ بعد ذلک لعلّه الوجود أو غيره شکّ فى أنّه انقلب إلى القيمه لصدق عنوان التعذّر و عدمه، أم لا؟ فلا إشكال فى أنّ الأصل فى المقام هو الاستصحاب و يصير مثل ما لو نذر إطعام زيد فى كلّ يوم فشکّ فى يوم فى حياته، فهل المراد باستصحاب حياته هو عمل معامله الحياه معه أو جعل

مماثل للحكم السابق و هو وجوب الإطعام فى طرف الشكّ؟

فإن بيننا على كون المراد به جعل المماثل ففى المقام لمّا يرجع الشكّ إلى ثبوت الحكم الشرعى الّذى منشأه القدره، إذ لا فرق فى الشكّ فى الحكم بين الحكم الظاهرى و الواقعى فيشكّ فى أصل توجّه «لا تنقض اليقين» (۱) .. إلى آخره، فلا بدّ من الاحتياط كما فى مطلق المقامات لو شكّ فى ثبوت الحكم من جهه القدره؛ و لا يتوهّم أنّ الشكّ إنّما هو فى أصل التكليف فالمرجع البراءه؛ إذ هو فى غير ما إذا نشأ الشكّ من جهه القدره، إذ المفروض أنّها شرط عقلىّ لا يؤثّر فى وجود الحكم، بل الحكم وجوده لتماميّه ملاكه تامّ، و إنّما الشكّ فى مسقط هذا الحكم، فلا محيص عن الاحتياط الّذى قد يتحقّق بالفحص.

و بالجمله؛ فمقتضى الاحتياط على هذا هو ضمان المثل و عدم حصول البراءه اليقينيّه إلّا بأداء المثل.

و إن بيننا على كون الاستصحاب هو الأمر بالمعامله مطلقا و إن كان مقتضى ذلك أيضا ضمان المثل إلّا أنّه إنّما هو يثبت بنفس حكم الشارع، فإنّ الشكّ لمّا يرجع إلى بقاء القدره، و المفروض أنّ استصحابها عباره عن معامله ثبوت القدره الواقعيّه مع القدره المشكوكه عند كونها مسبوقه بالحاله السابقه، فبإثباتها بذلك يترتّب نفس حكم الشارع الثابت سابقا على موضوعه، بخلاف المبنى الأوّل، فإنّ ثبوت الحكم كان بحكم العقل، فتأمّل!

۱- وسائل الشيعه: ۱/ ۲۴۵ الحديث ۶۳۱.

أحكام بدل الحيلوله

هذا تمام الكلام فی بیان الاصول فی المسأله فلنشرع فی بیان جمله من أحکام بدل الحیلوله، مضافا إلی ما أسلفنا بعد ذکر جمله الفروع الّتی أسقطناها هنا، و لم نذکرها لوضوحها

قال فی «الشرائع»: (و إذا تعذّر تسلیم المغصوب دفع الغاصب البدل) (۱) ..

إلی آخره.

أقول: هنا فروع لا بدّ من ذکرها.

[الفرع] الأوّل: لا یخفی أنّ استحقاق المالک عین ماله الّذی یستحقّ بسببه البدل له موارد:

الأوّل؛ تلفها حقیقه.

الثانی؛ ما یکون فی حکم التلف.

الثالث؛ تعذّر الوصول فعلا إلی العین.

ففی الأوّل؛ فما یؤدّیه المتلف من البدل یملکه المالک مستقرّا، فیکون بمنزله دین علیه قد أدّاه.

و فی الثانی؛ کما إذا غرقت العین أو سرقت، بحیث یکون عودها محالا عاده و یعدّ عند العرف بحکم التلف، فهنا أیضا یکون ما یؤدّیه أیضا کالدین المستقرّ علی عهدته، و یخرج- علی ما یظهر من بعض الکلمات (۲)- العین

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۴۱.

۲- مفتاح الکرامه: ۶/ ۲۵۵، و المستفاد من کلامه عدم خروج العین المغصوبه عن ملک المالک؛ بالحیلوله إجماعا.

المغصوبه عن ملک صاحبها و یدخل فی جمله المباحات، بحیث لو خرجت من الماء- مثلا- و وقعت فی الساحل فاستحقاق مالکها لها لیس إلّا من باب الأولویّه لا الملک.

و فی الثالث؛ أمّا أوّلا فالکلام فی صدق التعذّر الموجب لانقطاع سلطنه المالک فعلا عن خصوصیّه العین، بمعنی أن لا یکون له حقّ الإلزام علی إحضار العین، بل ینقلب إلی البدل من المثل أو إلی القیمه ما دامت العین غائبه، المسمّی ذلک ببدل الحیلوله.

فالظاهر؛ أنّ التعذّر الموجب لسقوط التکالیف لا یکفی هذا المقدار منه لذلک، لما أشرنا مرارا من أنّ قاعده السلطنه المستفاد منها هو الحکم الإرفاقی الامتنانی، فلیست قاعده الحرج قابله لمنع جریانها، بل المرجع فی ذلک هو العرف، بأن یکون إحضار العین عندهم متعذّرا من وصوله إلی حدّ ما لا- یطاق العرفی، و إن لم یکن ممّا لا یطاق عاده، و إلّا فمطلق العسر لا یکفی فی صدقه.

و ثانیا: لا إشکال ظاهرا فی صیروره المغصوب منه مالکا للمأخوذ غرامه بعنوان بدل الحیلوله، و عدم خروج المأخوذ منه بذلک عن ملکه، و توهّم أنّ ذلک موجب للجمع بین العوض و المعوّض، فاسد؛ لما أشرنا إلی وجهه سابقا.

و حاصله: أنّ المال المأخوذ بإزاء مال یکون علی قسمین؛ لأنّه إمّا أن یکون بعنوان البدلیّه و کونه قائما مقام المال الأوّل، فهذا یستحیل دخول المال الثانی فی ملک المالک الأوّل بلا- خروج البدل عن ملکه، و ذلک کما فی باب المعاملات و العقود المعاوضیّه.

و قد لا یکون کذلک بل المقصود أخذ عین المال بخصوصیّتها الشخصیّه

و لكن لمّا لم يمكن ذلك لعذر و نحوه فيؤخذ ما أمكن منها- و هو ماليّتها المعيّنه فى ضمن خصوصيّه غيرها- فهذا المأخوذ ليس بعنوان البدليّه حتّى يستلزم ما ذكر، بل فى الحقيقه مرتبه من مراتب نفس العين، و هى المرتبه الماليّه الممكن الوصول إليها، و قد بنينا على أنّ باب الضمان إنّما هو نظير باب «الميسور» فى التكاليف، فقاعده اليد لمّا تقتضى الخروج عن عهده التكليف المتوجّه من قبل الوضع فلا بدّ من الخروج عنها بما أمكن، إمّا بردّ المأخوذ بجميع مراتبه المتعيّنه فى شخصه و إمّا بردّ ماليّته إن لم يمكن الاولى و هذا أيضا فى ضمن المثل أو القيمه على حسب ما تقتضيه العين عند التلف.

و بالجمله؛ فالسلطنه المستقرّه للمالك على عين ماله تقتضى جواز مطالبتها لها فى كلّ آن، و المفروض أنّ ضمان العين ثابت على ذمّه الغاصب بمقتضى قاعده اليد، فلازم هاتين القاعدتين استحقاق المالك مطالبه ماله فى كلّ زمان، و كذلك وجوب ردّه على الغاصب إليه، إلّا أنّ الجمع بين ذلك و عدم تكليف الغاصب بما لا- يطاق يقتضى إلزامه بقدر ما أمكنه بردّ ما استحقّ المالك، و هذا يكون عند عدم التمكّن من ردّ العين بردّ العين بماليّتها.

فهذه الماليه المردوده ليست شيئا فى مقابل العين، بل هى فى الحقيقه فى عالم التحليل و الاعتبار بمنزله خلاصه مأخوذه من نفس العين، مثل الدهن المأخوذ من الشى ء، أو كالعصير المأخوذ من العنب، فكما أنّ فيهما المالك مالك لأمرين: العصير و الشكل الباقى منه، فكذلك تعيين الماليّه فى شخص عين اخرى و أخذها فى تلك العين لا- يوجب خروج العين المغصوبه من ملك صاحبها و دخولها فى مال الغارم، لعدم اعتبار البدليّه أصلا، فلا يلزم الجمع بين العوض

و المعوّض؛ إذ هما أمران اعتباريّان تابعان للاعتبار، و بعـد أن ظهر الاعتبار فی باب الغرامات و بدل الحیلوله علی خلافها، بل هو اعتبار خاصّ لا ربط بباب المعاملات، فلا وجه للتوهّم المذکور.

ثمّ إنّ لاـزم مـا ذکرنا تملّک المغصوب منه بـدل الحیلوله کتملّکه سائر أمواله بلا نقص فیه، فیجوز له التصـرّفات المالیّه بأقسامها فیه، و ذلک لاقتضاء عنایه البیان المـذکور ذلک، فکما أنّ المأخوذ منه کان ملکا له فکـذلک بدل الحیلوله لمّا کان بمنزله العین بمرتبتها المالیّه یصیر ملکا تامّا له بلا تفکیک فی الجهات، و إن کان شیخنا قدّس سرّه زعم أنّ المأخوذ بدلا إنّما هو عوض عن سلطنه المالـک الفـائته عنه دون ملکیّته؛ إذ هی باقیه (۱) فـالتزم بصـحّه تصـرّفاته المالکیّه فیه من نقله و إجارته و نحو ذلک علی الکشف، کما فی المعاطاه، و لکن قـد أشـرنا إلی ضـعف ذلک بأنّه لو لم یصـیر البـدل ملکا له بل کان عوضا قائما مقام سـلطنته الممنوعه عنهـا، فلاـ بـدّ أن یکون ممنوعـا عن التصـرّف فی البـدل بمـا أمکنه التصـرّف فی ملکه المغصوب ممّـا لاـ یتوقّف علی المالیّه، بل تکفی المملوکیّه فی نحوه کأن یعتقه، لأنّ المفروض أنّ سـلطنته من ماله من هـذه الجهه ما انقطعت، فکیف یکون له جائزا أن یتصرّف فی البدل من هذه الجهه أیضا، مع أنّه بالإجماع یجوز له مطلق التصرّفات فی البدل (۲).

ثمّ انقـدح ممّـا ذکرنا حال العین المغصوبه فإنّها باقیه علی ملک صاحبها، و أمّا مالیّتها فهی تکون فی حکم المباحات بالأصل إذ لا یجوز للغاصب التصرّف

۱- المکاسب: ۳/ ۲۶۱.

۲- من عتقه، أو غیر ذلک، «منه رحمه اللّه».

فيها حتّى ينتفع من ماليّتها، و المفروض أنّ المالك ممنوع عن التصرّف، و لا إشكال أنّ اعتبار الماليه إنّما هو من حيث الانتفاع و مستتبع للتصرّف.

و بالجمله؛ الماليّه القائمه على العين المغصوبه فما دامت ممنوعه؛ حكمها حكم المباحات ترجع إلى المالك تبعا للعين عند رجوعها.

الفرع الثانى: لا إشكال أنّه يجب على الغاصب إرجاع العين إلى المالك فورا عند رفع التعذّر، و لا يجوز له حبسها حتّى يأخذ البدل، و لا يقاس المقام بباب المعاملات، إذ مع كمال الفرق بين الباب و باب المعاملات أنّ الحبس فيها يثبت بالبدل و إلّا فالقاعده تقتضى فيها وجوب الردّ و عدم جواز التوقيف و إيجاب ردّ المال إلى صاحبه فورا.

الفرع الثالث: لمّا عرفت أنّ بدل الحيلوله عوض عمّا يكون و أىّ شىء ثمرته و خاصيّته، فلا ينبغى الشكّ فى أنّه بعد رفع التعذّر و إحضار العين يجب ردّ الغرامه المأخوذه إلى الغاصب، و لكن ذلک يتوقّف على رفع الحيلوله المسبّبه للبدل، و هل يكون الارتفاع بمطلق الإحضار و رفع العذر، أم يتوقّف على أداء العين و إيصالها إلى المالك؟ وجهان: الأقوى الثانى؛ إذ لا يصدق رفع الحيلوله عرفا على مطلق الإحضار (۱) بل الشكّ يكفى فى الحكم بعدم وجوب الردّ لاستصحاب بقاء الحيلوله و الملكيّه الثابته للمالک فى البدل عند التعذّر.

الرابع: الظاهر أنّه بعد تمكّن ردّ العين برفع التعذّر لا ينقلب الضمان الثابت للعين أوّلا من كونه ليوم التلف، إذ لا مقتضى للانقلاب، و من المعلوم أنّ التعذّر فى ردّ العين مدّه من الزمان ليس أمرا قابلا لأن يبدّل كيفيّه الضمان، بل هو على

۱- كما يقتضى ذلک قاعده اليد المغيّاه بالأداء أيضا، «منه رحمه اللّه».

ما تقتضیه طبیعه الضمان من یوم وضع الید علی مال الغیر من ضمان یوم تلفه- علی ما حرّرناه- باق، فظهر لک أنّه لا وجه لما ذکر غیر ذلک من الاحتمالات فی المقام، فراجع!

الخامس: لا إشکال أنّ مسأله تعاقب الأیادی تجری فی باب الحیلوله أیضا، فهنا إذا رجع المالک إلی الغاصب الأوّل و أخذ منه بدل الحیلوله فله الرجوع إلی الید اللاحقه، کذلک للثانیه إلی الثالثه حتّی یستقرّ فی ید من وقعت الحیلوله فی یده، فإذا رجعت العین إلی صاحبها فتأخذ الأوّل البدل عنه، و کذلک کلّ یرجع إلی سابقه و یأخذ منه ما أعطی، و توهّم أنّ ذلک مختصّ بباب التلف، فاسد کما لا یخفی.

فی «الشرائع»: (علی الغاصب الاجره إن کان ممّا له اجره فی العاده) .. إلی آخره (۱).

وقع الخلاف هنا فی أنّ القیمه المأخوذه للاجره [هل] تجب من حین الغصب إلی أداء بدل الحیلوله، أم منه إلی حین ردّ العین؟ و لا یخفی أنّ إطلاق القولین بعید.

فالتحقیق أن یقال: إنّ البدل المأخوذ قد یکون من حیث القیمه بإزاء العین المقوّمه مع ما لها من الاجره فی کلّ شهر أو یوم بکذا، مثلا: لو کان العین فی حدّ ذاتها لها عشره توامین و لو لوحظت مع ما لها من الاجره فی کلّ شهر لها الخمسه عشر تومانا، فإن لوحظت العین علی النحو الأوّل- أی تقوّمت العین مع ما لها من الاجره مجموعا فأخذ البدل المقابل لنفس الذات- فلا بدّ أن تؤخذ الاجره من

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۴۲.

حین الغصب إلی حین ردّ العین؛ لأنّ المفروض أنّ البدل عن الاجره ما استوفی، و أمّا [إذا] لوحظت العین مع ما لها من الاجره فتقوّمت مجموعا فاخذ بدل الحیلوله أیضا عن العین المقوّمه بهذه الکیفیّه، فعلی الغاصب الاجره من حین الغصب إلی حین تأدیه البدل کما قوّاه المحقّق (۱) لثبوت المقتضی کذلک بخلاف الفرض الأوّل.

فی «الشرائع»: (و لو غصب ماله اجره و بقی فی یده حتّی نقص) .. إلی آخره (۲).

لا إشکال أنّه یضمن الغاصب الاجره و ما نقص من العین کلیهما؛ لعدم وجود ما یوجب سقوط قیمه النقص، و الاجره لا تصلح لذلک؛ لأنّها عوض عن المنافع، و لا ربط لها بنقص العین.

نعم؛ فی باب إجاره ما یتوقّف الانتفاع منه علی استعمال شی ء من العین و بتنقیص منها کما فی الحمّام، فإنّ الانتفاع منه متوقّف علی صرف شی ء من الماء، فقالوا فی مثله بعدم ضمان النقص المزبور، بل إنّ ما یأخذه من الاجره یقع عوضا عنه، و لکن لا ربط له بالمقام لکون تلک المقامات کالإجاره و نحوها مشتمله علی الإذن، فیباح للمنتفع التصرّف بلا ضمان، بخلاف المقام فإنّه لا إذن حتّی یصیر مسقطا، و الأصل أیضا عدم التداخل فلا محیص عن الالتزام بضمان الأمرین، و اللّه العالم.

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۴۲.

۲- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۴۳.

البحث فی اللواحق

اشاره

الجهه الخامسه فی اللواحق؛ قال فی «الشرائع»: (إذا زادت قیمه المغصوب بفعل الغاصب فإن کانت أثرا) .. إلی آخره (۱).

لا إشکال أوّلا أنّ ما یحدثه الغاصب فی العین المغصوبه لو لم یزد فیها شیئا عینا فلا یتعلّق بها له حقّ؛ لأنّه تصرّف فی مال الغیر بلا إذنه، فلمّا یکون الأمر المحدث من توابع العین فیصیر مالا للمالک، و لذا فلو تصرّف فیها بإزاله ما أحدث یکون ضامنا لما زید علیها من القیمه تبعا للأثر الحادث، لأنّه أیضا تصرّف فی مال الغیر بتنقیص فی عینه.

إنّما الکلام فی بعض فروع المسأله؛

الأوّل: لو أمر المالک بإزاله الزیاده الحاصله فی العین بإلزام الغاصب علی إزاله الصنعه الّتی أوجدها فیها، کما لو صاغ النقره حلیّا فهل یضمن الغاصب قیمه هذه الصنعه، أم لا؟ فالمشهور علی أنّه لا یضمن؛ لأنّها و إن تکون ملکا لصاحب العین، و لکن لمّا هو بنفسه أمر بإتلافها فلمّا یستند التلف بنفسه فلا یؤثّر حینئذ ما یقتضیه الضمان الیدی للغاصب، فلیس موجبا لضمانه بعد أصلا.

و أشکل علیهم بأنّ الأمر بإتلاف لو کان موجبا لرفع الضمان الثابت بالید للصنعه لکان اللازم أن یرتفع بذلک ضمان العیب المحدث فی العین من الکسر و غیره تبعا لإزاله الصنعه مع أنّه لا إشکال فی ضمانه لذلک، و من هذه الجهه قیل فیها- أی الصنعه- بالضمان أیضا لأنّها لیست فی الحقیقه مستندا بأمر المالک، بل

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۴۳.

الإزاله من لوازم ردّ العين إلى حالها الأصلى.

و لكن يمكن أن يقال: إنّ مقتضى قاعده اليد ضمان الكسر و نحوه و عدم ضمانه الصنعه، و ذلك لأنّ المستفاد من قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى» (۱) أنّ ارتفاع الضمان عن العين بما لها من المراتب و التوابع إنّما موقوف و مغيّا بأداء العين على حالها الّذى أخذها، فيختلف بذلك أنحاء الأداء على حسب الأوقات، و لا ينافى ذلك كون ما يزيد فى العين من حين الأخذ إلى حين الأداء مضمونا أيضا، لأنّ على هذا يكون المعنى أنّ العين مضمونه فى كلّ آن بحالها الّذى هى عليه إلى أن يؤدّيها على حالها الّذى أخذها، ففى حالها الّذى يكون عليها زياده فيجب على الغاصب أن يؤدّيها مع الزياده، و لكن لو عصى و لم يؤدّها حتّى زالت عنها الزياده، فإن أدّاها بعد ذلك على حالها الّتى كانت عليها وقت الغصب و الاستيلاء فليس عليه شى ء و إلّا فعليه النقص الحاصل، و لازم ذلك أنّه لو عصى و ما أدّاه فتلفت فى حال يكون عليها زياده فهو ضامن للعين و الزياده؛ لأنّ ضمان كلّ وقت إنّما هو يكون على الكيفيّه الّتى تكون العين عليها، فلمّا تلفت فى هذه الحاله فمضمونه عليها و المفروض أنّه ما حصلت التأديه أيضا بحال الّذى كان عليها حين الغصب حتّى يرتفع ضمان الزياده.

و بالجمله؛ فإن استظهر هذا المعنى من الحديث الشريف كما يشعر بذلك قوله فى «الجواهر» فى المقام: (و احتمال الفرق) .. إلى آخره (۲).

۱- مستدرك الوسائل: ۱۷/ ۸۸ الحديث ۲۰۸۱۹.

۲- جواهر الكلام: ۳۷/ ۱۵۱.

فالفرق بين الكسر الحاصل فى العين و الصنعه الزائله (۱) واضح، و على ذلك فليس النقض الّذى أورده بعد ذلك من أنّ لازم هذا الاحتمال عدم الضمان أيضا، و لو تعمّد الغاصب فى إزاله الصنعه بلا إذن من المالك، فتأمّل!

هذا؛ و لكن لازم هذا المبنى عدم ضمان الغاصب- مثلا- للسمن الحاصل فى الغنم و نحوه عنده لو زال و لم يبق إلى حين الردّ، مع أنّ الظاهر أنّ ضمانه لذلك إجماعىّ.

فالتحقيق؛ هو الالتزام بالفرق بين مقدّمه المأمور به، و لوازمه من مقارناته، و تفصيل ذلك هو أنّه لا إشكال أنّ بعض الامور يكون من مقدّمات المطلوب و المأمور به كما إذا أمر الغاصب بإخراج الخشب المغصوب من مكان لا يمكن إخراجه منه إلّا بكسره و تنصيفه- مثلا- حتّى يخرج، و بعضها من لوازمه مثل ما لو كان المغصوب فى مكان بعيد يوجب إحضاره نقصانه من هزاله و نحوه، و بمثل ذلك بيّنا الضابطه بين الضدّ و المقدّمه.

و كيف كان؛ ففى مثل الأوّل لا موجب للضمان؛ لأنّ المفروض كون النقصان من مقدّمات المأمور به و ما يتوقّف عليه مطلوب المالك، و من أنّ الأمر بالشى ء أمر بمقدّماته، فإذا أمر بردّ العين إلى حالها الأوّل، سواء أمر بإتلاف الصنعه بالصراحه أو لا، فلمّا يكون إتلافها مقدّمه لردّ العين بحالها بحيث يرى العرف ذلك من موانع الأمر، فالنقص من الهزال و نحوه يستند إلى المالك، مثل ما لو أمر بإخراج غنمه عن مكان يتوقّف خروجه منه على إراءتها الذئب حتّى يهزل

۱- لأنّ الكسر يوجب تغيير العين عن الحاله الّتى كانت عليها عند الغصب بخلاف الصنعه الزائله، «منه رحمه اللّه».

فيخرج فهو بنفسه متلف لماله.

و أمّا فى الثانيه، فالضمان على الغاصب لأنّ نقصان العين نشأ من إيجاد المأمور به، بمعنى أنّ الهزال الناشئ من جهه إحضار الغنم من المسافه البعيده إنّما هو إمّا مؤخّر عن وجود المطلوب و هو إحضاره، أو مقارنه لا أن يكون مقدّمه له حتّى ينتسب إلى الآمر من ناحيه المالك، و لا ريب أنّ الكسر الحاصل فى عين الفضّه إنّما هو من هذا القبيل إذ هو متأخّر عن إتلاف الصنعه الّذى هو المأمور به دون نفس الكسر، و كذلك الهزال المتوقّف إحضاره على سيره بمسافه بعيده، بل هما متأخّران رتبه و خارجان عن موجبهما، و هما إتلاف الصنعه و سيره المسافه المترتّبان هما على الأمر و طلب المالك، فظهر من ذلك أنّ ما عليه المشهور فى المقام هو ما تقتضيه القاعده أيضا، كما لا يخفى.

الفرع الثاني: فى حكم مطلق تغيير العين المغصوبه، ففى «الشرائع»: (إذا غصب دهنا كالزيت أو السمن) .. إلى آخره (۱).

لا بدّ أن يعلم أوّلا أنّ لتغيير العين بسبب الاختلاط و الامتزاج صورا: لأنّ الاختلاط إمّا أن يكون بالجنس أو بغيره، و فى الفرض الأوّل؛ إمّا أن يكون العين المغصوبه بالنسبه إلى المخلوط به بمثابه من القلّه لا يرى العرف بعد خلطه به له وجودا بحسب المادّه و الصوره، كما إذا خلط قطره من الدهن بمقدار منه الّذى يكون نسبته إليه كنسبه قطره من الماء بالنسبه إلى كرّ منه.

و إمّا أن لا يكون العرف يراه كذلك، بل يرون العين المغصوبه المختلطه باقيه بمادّته و صورته، و إنّما الخلط تبدّل حدّه بحدّ، و على هذا الفرض إمّا أن

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۴۴.

یکون مخلوطا بمماثله ذاتا و وصفا بأن لا یکون أحدهما أجود من الآخر أو أردأ، و إمّا أن یکون ما یماثله مغایرا معه من حیث الجوده و الرداءه، و علی الفرض الثانی- یعنی الخلط بغیر الجنس- فتاره یکون متمیّزا عنه فی الخارج کما إذا خلط الحنطه بالشعیر، و إمّا لا یکون متمیّزا فی الخارج عرفا، و إن کان متمیّزا واقعا، و علی هذا الفرض فإمّا أن یوجب الخلط تغیّر العنوان کما لو خلط الخلّ بالسکر فصار سکنجبینا، و إمّا أن لا یکون موجبا لذلک بل صار مستهلکا بالنسبه إلی المخلوط به، کما إذا خلط مقدارا من الزیت بکثیر من الشیرج فصار شیرجا مدهونا، أو بالعکس فصار دهنا حلوا، هذا ما یتصوّر من أقسام الخلط.

و أمّا حکمها؛

ففی الصوره الاولی: فلمّا تکون العین المخلوطه فی نظر العرف بحکم التلف فیکون الغاصب ضامنا لمثله، و لا مجال لتوهّم الشرکه؛ إذ مناطها هو وجود المال المشترک بحیث یکون المخلوطان أمرین موجودین بوجود واحد، و لا ریب أنّ فیما إذا صبّ مقدار قلیل من الماء فی حوض الحمّام لیس الأمر کذلک، أی لا یری العرف شیئین موجودین، حتّی یکون لازم ذلک الحکم بکون ذاک الحوض بحکم المغصوب فیترتّب علیه الشرکه القهریّه، و الظاهر أنّ مثل هذا الفرض خارج عن منصرف الکلمات من القول بالشرکه فی الخلط بالجنس، بل هذا الفرض بحکم ما إذا خلط بغیر الجنس علی وجه صار مستهلکا، کما سیأتی.

و أمّا الصوره الثانیه؛ ففیما لو کان المخلوط به مماثلا للعین المغصوبه ذاتا و وصفا، کما إذا خلط کأسا من اللبن المغصوب بلبن نفسه، ففی مثله ینبغی عدم توهّم الإشکال فی تحقّق الشرکه بالنسبه إلی العین الخارجی حقیقه أو حکما،

و لا وجه لتوهّم ضمان القيمه أو المثل بتخيّل أنّه فى حكم التلف؛ لعدم إمكان ردّه، فلا بدّ من ردّ بدل الحيلوله، كما لا يخفى.

و أمّا إذا خلطه بالأجود أو الأردإ من جنسه؛ فمقتضى القاعده أيضا هو الشركه؛ لبقاء عين المال بحاله، غايه الأمر من جهه اختلاط أجزائه بأجزاء مال الغير و تفرّقها فيها على وجه لا يمكن الامتياز تحصل الشركه فيهما بنسبه مقدار كلّ واحد من المالين بالنسبه إلى الآخر إمّا حقيقه أو حكما.

نعم؛ هنا كلام آخر، و هو أنّه إذا كان مال المغصوب منه أجود و مال الغاصب أدون فلا إشكال فى أنّه لو أخذ المالك من المخلوط ما يساوى ماله بحسب المقدار يلزم فوت مقدار من الماليّه الّتى كانت ثابته لعينه لجودته، ففوت وصف الجوده صار موجبا لفوت مقدار من الماليّه، فحينئذ هل يضمن الغاصب أرش النقصان أو تحصل الشركه فى المجموع على حسب الماليّه؟ فلو كانت ماليّه العين المغصوبه قبل الخلط بمقدار ضعف ماليّه مال الغاصب يصير بالخلط ثلث المجموع للغاصب و ثلثاه للمغصوب منه؟

قد يحتمل تعيّن الوجه الثانى؛ لما أوضحناه فى بعض مباحث الخيار من أنّ العين الواحده ليست لها إلّا ماليّه واحده، و تلك الماليّه إذا اضيفت إلى اثنين كانت لكلّ منهما بالنسبه إلى تمام العين ماليّه ضمنيّه، و من لوازم كون كلّ منهما مالكا لتمام العين ضمنا هو اعتبار الشركه فى العين على حسب ما كان قائما بكلّ واحد منهما فى مقدار إضافه الماليّه، ففى ما نحن فيه إذا فرضنا أنّه خلط الجيّد بالردى ء فمقتضى الكسر و الانكسار بسط الجوده القائمه بالبعض على المجموع و الرداءه كذلك، فيكسب كلّ من المالين عرضا من الآخر، و المفروض عدم فوت

وصف الجوده رأسا، بل كان موجودا قائما بالمجموع، فحينئذ لا بدّ و أن يكون مقدار الماليّه الثابته لكلّ واحد من العينين قبل الخلط مضافا إلى مالكه، و لازم ذلك هو الشركه فى العين على حسب الماليّه، كما لا يخفى، و ليس أخذ المالك أزيد ممّا كان ملكا له قبل الخلط و التفرّق بحسب المقدار موجبا للربا؛ لعدم كون المقام داخلا فى أقسام الربا المحرّم؛ لاختصاص أدلّته بباب المعاوضات.

و لكنّ التحقيق هو الوجه الأوّل؛ لعدم الدليل على خروج مال كلّ واحد منهما عن ملكه بحسب المقدار، و أمّا الماليّه الثابته لصاحب الجيّد ليست ترى فى المجموع الآن موجوده، بل العرف يحكم ببقاء ماله فيه الآن موجودا كمّا لا كيفا، بحيث يرون وصف الجوده معدوما، و لذلك لا بدّ من الالتزام بأخذ المغصوب منه ماله من المجموع بمقدار ما غصب منه دون الزياده، مع أرش وصف الجوده الزائله، كما لا يخفى.

و أمّا فيما لو اختلطت العين المغصوبه بالأجود، فالظاهر هو تحقّق الشركه، فيستحقّ كلّ من الغاصب و المغصوب منه من المجموع بمقدار عين ماله، و لا ريب أنّ وصف الجوده الحاصله للعين المغصوبه بالخلط إنّما هو بمنزله زياده وصف فيه عند الغاصب، لا أن تكون زياده عينيّه حتّى يقال بأنّه لا دليل على خروجها عن ملك الغاصب، كما لا يخفى.

و أمّا فى الفرض الثانى، أى الاختلاط بغير الجنس، فإن كان المغصوب بعد الخلط متميّزا فلا مجال للشركه، بل يجب التفكيك و أداؤه إلى صاحبه إن أمكن، و إن لم يمكن- كما لو اختلط مقدارا من الشيرج فى السمن، بحيث يصدق عليهما بعد الخلط كلّ واحد من العنوانين، فيقال: شيرج مخلوط بالسمن عرفا-

ففی مثله لا ـ وجه للشركه فی العین، كما لا وجه للحكم بالتلف، بل یكون كلّ واحد من المالین باقیا علی ملك صاحبه، و لازم ذلك الشركه فی الثمن بالنسبه إلی كلّ واحد من المالین بحسب المالیّه، أو الحكم بضمان بدل الحیلوله.

أقول: یمكن دعوی جریان مناط الشركه فیما لو كانا- أی المالان- من جنس واحد هنا أیضا، لأنّ المفروض بقاء المالین و عدم إمكان تجزئتهما و بقاء الاسم و صحّه إطلاق اسم كلّ من المالین علیهما، مع عدم إمكان التجزئه فی الخارج لا یضرّ بالدعوی، إلّا أن یقال: إنّ الشركه الحقیقیّه خلاف الأصل، و الدلیل الدالّ علیها- و هو الإجماع- إنّما یكون فیما لو اتّحد الخلیطان جنسا، و أمّا فی المقام فهو مفقود، فتدبّر!

و إن لم یكن بعد الخلط متمیّزا أصلا، فحینئذ تاره تكون العین المغصوبه بالنسبه إلی عین الغاصب بمقدار من القلّه بحیث لا یری العرف بعد الخلط لها بقاء لا مادّه و لا صوره، بل یراها معدوما و مستهلكا، كما إذا خلط مقدارا قلیلا من الشیرج بمقدار كثیر من الزیت كانت نسبته إلی الزیت نسبه المثقال إلی الأمنان، ففی مثله لا ـ إشكال فی أنّه ملحق بالتلف عرفا فلا مقتضی للشركه، فالغاصب ضامن للمثل أو القیمه.

و اخری كانت العین المغصوبه بحیث كان الخلط موجبا لاستهلاكها بحسب الصوره لا المادّه و انقلابها إلی صوره ما خلط به، و لكن كانت مادّته باقیه فی نظر العرف بحسب الكمّ، كما إذا خلط منّا من الشیرج بمقدار من السمن، بحیث یصدق علی المجموع أنّه سمن و لكنّه زاد مقداره منّا بخلط الشیرج ففی

مثله ظاهر كلماتهم أيضا إلحاقه بالتلف للاستهلاك (۱).

و لكن فيه: إنّه بعد بقاء المادّه عرفا يكون من قبيل اكتساب العين المغصوبه لون المخلوط به، و من باب انقلاب الصوره بصوره اخرى، و لا إشكال أنّ الماليه و كذا الملكيّه إنّما هما قائمان بنفس المادّه مع أنّ الحكم بكون مجموع العين للغاصب الّذى لازم ذلك الإلزام بعدم تغيّر عين ماله ترجيح بلا مرجّح، إلّا أن يقال بأنّ الغرض عدم انقلاب ماله، و إنّما حصل بالاختلاط تغيّر وصفه، بحيث يقال له: دهن فيه شى ء من الشيرج، بخلاف مال المغصوب منه.

فعلى ذلك، لا وجه للحكم بالتلف، بل حكمه حكم ما لو خلط أحد الجنسين بالآخر، مع كون أحدهما جيّدا زال عنه وصف الجوده، لا بدّ من القول بالشركه الحقيقيّه فى العين، مع ضمان أرش النقصان للمالك لو حدث نقصان بالخلط.

و ثالثه: كان الاختلاط موجبا لزوال عنوان الخليط و المخلوط به و حدوث العنوان الثالث، فحكمه حكم الفرض المتقدّم من حصول الشركه العينيّه، لو كان العرف مساعدا لبقاء المادّه مع أرش النقصان لو كان نقص فى الماليّه، و أمّا مع مساعدتهم فى ذلك فقد عرفت أنّه ملحق بالتلف، فتأمّل جيّدا!

[قال فى «الشرائع»]: ([لا خلاف فى أنّ] فوائد المغصوب مضمونه بالغصب، و هى مملوكه للمغصوب منه، و إن كان قد تجدّدت فى يد الغاصب [أعيانا كانت] (۲) كاللبن و الشعر) .. إلى أن قال: و كذا الكلام فى منفعه كلّ ماله

۱- جواهر الكلام: ۳۷/ ۱۶۵.

۲- أثبتناها من المصدر.

اجره فی العاده) (۱).

و تفصیل الکلام فی ذلک: أنّ فوائد المغصوب، إمّا أن تکون من قبیل نماءاته المتّصله أو المنفصله ممّا لها عینیّه فی الخارج کاللبن و الشعر و أمثالهما، فلا إشکال فی أنّها لمّا تقع تحت الید استقلالا فیوجب ضمانها، سواء تلفت بآفه سماویّه أو اتلفت.

و إمّا أن لا یکون من قبیل النماءات بل کانت من قبیل المنافع، فتاره؛ لا یکون ممّا لها اجره عاده، بمعنی أنّه لیس لها مالیّه بحسب العاده بحیث یبذل بإزائها المال، فلا ضمان فیها، سواء کان تلفها بیده بغیر الاستیفاء، أو بالاستیفاء، لأنّ المعتبر فی الضمان کون ما فی الید أو التالف مالا.

و اخری؛ کانت لها المالیّه عرفا لاعتبار الاجره لها عاده، کسکنی الدار و رکوب الدابّه، فإن استوفاها الغاصب بالمباشره أو التسبیب فلا إشکال أیضا فی ضمانها، لأنّه یصدق بالاستیفاء فی حقّه أخذه تلک المنافع، فتکون المنافع ممّا یصدق تعلّق الید بها مستقلّا أیضا، و لا یحتاج فی صدق الید علیها اعتبار تبعیّتها للعین، بأن یقال: إنّ الید علی العین ید علیها تبعا، کما لا یخفی.

و إن تلفت المنافع فی یده من دون استیفائها، ففیه الأقوال المتعدّده، و الأقوی ضمانها، لأنّ غایه ما یمکن أن یقال فی وجه عدم الضمان: هو أنّ الید الموجبه للضمان عباره عمّا تعلّق بالمال الموجود، فلو تلف مال تعلّق به الید العادیه کانت الید موجبه لکون ضمانه علی ذی الید، و المنافع الغیر المستوفاه لیست ممّا تعلّقت بها ید، و لا تلف بعد ما تعلّقت به الید، بل الید ما تعلّقت علی

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۴۴، مع اختلاف یسیر.

العین، غایه الأمر تعلّقها علیها کان ملازما مع عدم تحقّق المنافع، أو کان مانعا عن حدوثها، فما تحقّقت المنافع حتّی یصدق بأنّها ممّا تعلّق بها الید.

و أنت خبیر بأنّ نفس المنافع و إن لم تکن من الامور الموجوده القابله لوقوعها تحت الید من دون استیفائها، و لکن لمّا کانت العین ممّا لها قابلیّه الانتفاع بها لتلک المنافع، و کانت نفس القابلیّه الّتی هی بمنزله المقتضی لوجودها فی طرفها، فالعرف یری و یعتبر بمجرّد ذلک لها مالیّه فعلیّه، بحیث یعتبر عندهم کون نفس الید علی العین یدا علی تلک المنافع بالبیع، کما لا یخفی.

و لذا کان مالک العین مالکا لها- أی للمنافع- إلی الأبد بالفعل، فله تملیکها للغیر، و یصیر الغیر مالکا لها بالفعل، فلا مانع من أن تکون الید علی العین یدا علی المنافع، و لذلک یکون الغاصب ضامنا لها أیضا و إن لم یستوفها، و هذا (۱) ممّا لا إشکال فیه.

إنّما الإشکال فیما إذا تعدّدت المنافع، و بسط الکلام فیه: هو أنّ العین إذا کانت ممّا لها منافع متعدّده، فإمّا أن تکون ممّا یمکن الجمع بینها فی استیفائها، و إمّا أن لا تکون کذلک، بل بینها التضادّ.

و الأوّل: کما إذا کان للعبد صنعتان یمکن اجتماعهما کالحراسه و الکتابه، و الثانی: کما إذا کان له الکتابه و الحیاکه، و کالمشی مع الدابّه و الرکوب علی الدابّه، أو حمل المتاع معها.

۱- و الظاهر؛ أنّ الخلاف و تعدّد الأقوال إنّما هو فیما إذا لم تکن الید المستقرّه علی العین یدا عادیه، کما فی المبیع بالبیع الفاسد، و أمّا فی باب الغصب فهو- أی الضمان- اتّفاقی، کما یظهر من بعض کلمات شیخنا قدّس سرّه، فراجع و تأمّل! «منه رحمه اللّه» (المکاسب: ۳/ ۲۷۱).

أمّا إذا كان من قبيل الأوّل؛ فمقتضى القاعده ضمان الجميع، سواء استوفاها بأجمعها أو بعضها أو لم يستوف شيئا منها، لما تقدّم من كون المنافع مملوكه للمالک تبعا للعين، و اليد على العين يد عليها.

و أمّا إذا كان من قبيل الثانى ففيه أقوال مختلفه، أحدها: أنّه ضامن لكلّ واحد منها؛ لكون كلّ واحد منها ملكا لمالک العين و مالا له بتبعيّه العين، غايه الأمر أنّه ليس للمالک القدره و السلطنه على استيفاء كلّ واحد منها على نحو الإطلاق، بل له السلطنه بالنسبه إلى كلّ واحد منها على نحو التعليق، بمعنى أنّ له السلطنه على استيفاء كلّ واحد فى طرف عدم الآخر، و هذا المقدار من السلطنه يكفى لاعتبار الماليّه و الملكيّه بالنسبه إلى الشى ء، و لم يثبت من العقلاء فى اعتبار الملكيّه ثبوت السلطنه المطلقه على الشى ء، بحيث يكون اللازم فيها السلطنه على كلّ واحد من المنافع فيه فى ما نحن فيه على الإطلاق.

و فيه: أنّه بعد كون المفروض التضادّ بين المنافع، بحيث لا يمكن الجمع بينها، فليس للمالک إلّا سلطنه مطلقه بالنسبه إلى واحد منها على البدل، و أمّا بالنسبه إلى الأزيد من الواحد فليس له السلطنه أصلا، فإذا لم تكن له سلطنه بالنسبه إلى الأزيد من الواحد فلا يبقى المجال لاعتبار الماليّه و الملكيّه إلّا بالنسبه إلى واحد منها على البدل.

و بالجمله؛ السلطنه الناقصه لا تصير منشأ لاعتبار الملكيّه، بل لا بدّ فيها، و كذا اعتبار الماليّه السلطنه المطلقه التامّه، كما لا يخفى، و إلّا فيلزم أن يكون مالک العين الواحده صاحب أموال كثيره عديده بالنسبه إلى منافعها، و من المعلوم عدم مساعده العرف فى ذلک، و من ذلک ظهر دليل القول الثانى، و هو أنّه

ضامن لأحد المنافع دون الجميع.

ثمّ القائلون بهذا القول اختلفوا فى تعيين ما هو المضمون من أحد المنافع، فقيل: إنّه ضامن للأعلى من تلك المنافع، سواء استوفاها أو استوفى الأدون، أو لم يستوف شيئا منها (۱).

و قيل: إن استوفى شيئا منها فهو ضامن لما استوفى، و إن لم يستوف أصلا فهو ضامن للقدر المتيقّن، و هو الأدون (۲).

و قيل: إن استوفى الأعلى فهو ضامن للأعلى، و إلّا هو ضامن للمتوسّط، سواء استوفى الأدون أو المتوسّط أو لم يستوف شيئا (۳).

و قيل: إن استوفى الأعلى فهو ضامن له و إلّا فهو ضامن لاجره المثل الثابت للعين المغصوبه فى نظر العرف من دون ملاحظه منفعه خاصّه فيها (۴).

و أوّل الأقوال أحقّها، و ذلك، لأنّ الفرض أنّ للعين الّتى تعلّقت اليد بها قابليّه المنفعه المخصوصه أى المنفعه الأعلى، و قد تقدّم أنّ اليد على العين يد على منافعها الّتى كانت قابليّه العين لها متحقّقه حين اليد، فضمان الغاصب لخصوص المنفعه الأعلى من جهه اليد لا معارض له أصلا، بخلاف غيرها من سائر المنافع لمعارضه المنفعه الأعلى لها.

هذا لو لم يستوف شيئا من المنافع، و أمّا لو استوفى فلا يضمن إلّا ما استوفاها، و لو كان الأدون لا يضمن غيره، لأنّه بالاستيفاء تعلّقت يده بالمنفعه

۱- انظر! قواعد الأحكام: ۱/ ۲۰۵، مسالک الإفهام: ۱۲/ ۲۱۸.
۲- انظر! جامع المقاصد: ۶/ ۳۲۵.
۳- انظر! جواهر الكلام: ۳۷/ ۱۶۸.
۴- انظر! الدروس الشرعيّه: ۳/ ۱۱۱- ۱۱۳.

المستوفاه فصارت ملكا للمالک، و لا ريب أنّه مع صيروره بعض المنافع ملكا له لا يبقى الباقى بعد تحت قابليّه المملوكيّه.

و بعباره اخرى: إنّ الالتزام بضـمان الأعلى فى الأوّل إنّما كان لأنّ المالک لمّا يكون مالكا للقـدر الجامع من المنافع الّـذى ينطبق ذلک بأوّل الوجودات، و يسقط الباقى عن القابليّه، فما دام لم يتحقّق ذاک الجامع فى الخارج فى ضمن أحد المصاديق فللمالک اختيـار أىّ فرد منهـا، أى اختيار الجامع الّـذى كان منشأ اعتباره تملّک المالک إحـدى المنافع على البـدل فى ضـمن أىّ فرد من الأبـدال، و أمّا فى هـذه الصوره- و هى عنـد استيفاء إحدى المنافع- فذاک الجامع الّذى كان مملوكا للمالک؛ و الغاصب أيضـا ضـامن له فقـد انطبق على ما أوجـده الغاصب فى ضـمن الفرد، فيصـير الجامع المقيّـد بتلک الخصوصـيّه ممّا تعلّقت اليـد به، لأنّ بالاستيفاء كانت نفس المسـتوفى ممّا يجى ء تحت اليد فيصـير هو المأخوذ دون غيره، فلا يبقى محلّ لاختيار المالک حتّى يختار الجامع فى ضمن غير الفرد المستوفاه.

فالحاصل؛ أنّه إذا كانت منافع المغصوب متعـدّده و مختلفه فى المراتب، مثل أن يكون العبـد صانعا و حمّالا و كاتبا، و لـم يمكـن اجتماعها فى الوجود و الاستيفاء، فإن لم يسـتوف الغاصب شـيئا منها، فمقتضى القاعده ضمانه المنفعه الأعلى، أى الاختيار يكون بيد المالک، فلو اختاره يجب عليه ردّ اجره تلک المنفعه، و إلّا فإن اسـتوفى شـيئا منها فهو ضامن للمستوفى، سواء كان الأعلى أو المتوسّط أو الأدون.

أقول: بعد تسليم كون المالک سلطانا على المنافع بأجمعها- أى بجامعها

القابل للانطباق علی کلّ واحد من الأفراد الّتی منها الأعلی- فالقول بتبدّل الحکم- أی الضمان للمنفعه الأعلی إلی المستوفاه عند الاستیفاء- مشکل، و ذلک لأنّ مرجع هذا القول إنّما یکون بجعل الاختیار بید الغاصب، مع أنّه مناف لسلطنه المالک، إذ کما أنّ له عند عدم غصب ماله و کونه تحت یده إعمال جهه سلطنه فی أیّ مرتبه من مراتب المنفعه الّتی منها الأعلی، فکذلک عند منعه الغیر عن سلطنته و وضع الید علی ماله.

مع أنّ بالوضع یجی ء جمیع مراتب العین- أی بما لها من المنافع- تحت الید و للمالک أیضا سلطان علی العین بجمیع شئونها، له أن یختار کلّ واحده من تلک المراتب و یعیّنها بمرتبتها الخاصّه فی أیّ واحده منها شاء.

و اختیار الغاصب ذاک الجامع فی مرتبه خاصّه لا موجب لحجر المالک عن سلطنته و إلزامه تعیین الجامع فی ما اختاره الغاصب، و بأیّ دلیل نلتزم بأنّ اختیار الغاصب الجامع فی ضمن الفرد المتوسّط أو الأدون موجب لسقوط حقّ المالک عن الفرد الأعلی.

و لعلّه لمثل هذه الشبهات مال- دام ظلّه- أخیرا إلی ما التزمه صاحب «الجواهر» قدّس سرّه فی المقام من القول بمثله (۱)- أی فیما کانت المنافع مختلفه المراتب- بضمان اجره المثل للعین المغصوبه؛ لأنّ ملاحظه خصوصیّه المنفعه و عدم مراعاه الاجره الکلیّه یوجب طلوع الأقوال المذکوره الّتی قد عرفت أنّ ترجیح بعضها علی بعض مشکل جدّا.

فالأقوی؛ هو ما ذهب إلیه قدّس سرّه فی «الجواهر» من اعتبار اجره المثل فی

۱- جواهر الکلام: ۳۷/ ۱۶۸.

ضمان ما إذا كانت العين المغصوبه ذات منافع مختلفه (۱) مع أنّ العرف و اعتبار العقلاء مساعد معه، إذ لا يعتبرون فی مثل العبد الّذی يكون ذا أعمال مختلفه الّتی تختلف بها مراتب المنفعه إلّا اجره مثله الجامع بين خصوصيّات المنافع، كما لا يخفی.

نعم؛ لو استوفی الغاصب خصوص المنفعه الأعلی فيضمنه، لأنّ المستوفی بعينه مال للمالك، فلمّا وقع تحت اليد يصدق عليه الأخذ فيجب ردّه.

فرعان

ثمّ إنّه يتفرّع علی هذه المسأله فرعان:

الأوّل؛ فی «الشرائع»: (إذا غصب حبّا فزرعه، أو بيضا فاستفرخه، قيل:

الزرع و الفرخ للغاصب (۲)، و قيل: للمغصوب منه (۳)، و هو أشبه) (۴).

أمّا الأوّل؛ فقد تمسّك بأنّ العين المغصوبه قد تلفت، فلا يلزم الغاصب سوی قيمتها أو مثلها.

و فيه: إنّ الملكيّه و الماليّه لو كانت قائمه بالأشياء بما لها من الصور الشخصيّه، كما يكون كذلك بالنسبه إلی أحكام الطهاره و النجاسه، فالدليل المذكور تامّ، لعدم بقاء الحبّ و البيض بصورتهما الشخصيّه الأوّليّه بعد صيرورتهما زرعا و فرخا، و لكن ليس الأمر كذلك بل مسأله الملكيّه بالنسبه إلی الأعيان الخارجيّه ساريه فيها بما لها من المادّه و لو مع تبدّل صورتها الشخصيّه،

۱- جواهر الكلام: ۳۷/ ۱۶۸.

۲- المبسوط: ۳/ ۱۰۵.

۳- السرائر: ۲/ ۴۸۲.

۴- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۴۷.

و خلع المادّه عن صوره إلی صوره اخری.

و توضیح ذلک موقوف علی بیان أمر، و هو: أنّه لا خفاء فی أنّ أنواع التغییرات فی موضوعات الأحکام مختلفه، فإنّه قد یتبدّل الشی ء بمادّته و صورته بحیث لا یری العرف الجسم بمادّتها الأوّلیّه و لا صورتها موجوده، کالکلب الواقع فی المملحه المتبدّل بالملح، و کذلک العذره المتبدّله بالتراب أو الدود علی احتمال، فإنّ العرف یأبی أن یقول بکونهما الآن هو الجسم الأوّلی، بل یراهما ذاتا متغیّرا، کما لا یخفی.

و قد یتبدّل الشی ء بصورته لا- بمادّته، بحیث یری العرف المادّه هی المادّه الأوّلیّه، و لا یبعد أن یکون الحبّ المتبدّل بالزرع کذلک، فإنّ المادّه فی حال الزرع بعینها هی الکائنه فی حال الحبّ، و العرف لا یری فی مثله إلّا انقلاب صوره، و لیس المادّه الأوّلیّه صوره اخری.

و قد یکون التبدّل، تبدّل الوصف و العرض فقط دون انقلاب الصوره و المادّه، مثل الماء المتغیّر إذا زال تغیّره فإنّ المادّه و الصوره علی ما علیها قبل زوال التغیّر باقیه بعده أیضا، فإنّما المنقلب هو الوصف الخارجی، و کذلک الحال الزبیبی و العنبی لا یبعد أن یکون مثل ذلک.

ثمّ إنّ الأحکام الشرعیّه الثابته للموضوعات- لا- یخفی أیضا- تکون علی أنحاء، و ذلک لأنّه قد یکون الحکم ثابتا للشی ء بصورته الخاصّه، بحیث لو ارتفعت الصوره لم یبق الحکم، مثل أحکام النجاسه و الطهاره الثابته للأشیاء بصورتها الخاصّه مثل الإنسانیّه، فإنّ الطهاره الثابته للإنسان تزول بالموت، و لیس ذلک إلّا لتبدّل صورته و لو کانت المادّه باقیه، فتأمّل! و کذلک نجاسه

الکلب فإنّها ثابته له ما دامت هـذه الصوره له باقیه، و أمّا بعـد تبدّله بصوره الملحیّه فیصـیر حکم تلک المادّه- أی الکلب إن قلنا ببقاء مادّته بعد صیرورته کذلک- حکم الملح.

و قـد یکون الحکم ثابتا للمادّه مع قطع النظر عن لحاظ الصوره مثل حکم الملکیّه، و کـذلک السـلطنه فإنّها ثابته للعین الخارجیّه بذاتها، بحیث لا ملازمه بین انقلاب الصوره و ارتفاع الحکم.

و قـد یکون الحکم ثابتـا للمـادّه- أی ذات الشـی ء- مع لحـاظ صورته، کالنجاسه الثابته للمتنجّسات مثل الـدهن النجس أو الماء المتغیّر بالنجاسه، فإنّهما لو تبـدّلت صورتهما، کما إذا صارا دخانا أو بخارا، فالقاعده الأوّلیّه تقتضـی ارتفاع حکمهما، بخلاف ما إذا تبدّل وصف التغیّر- مثلا- فإنّه لمّا کان الظاهر کونه واسـطه لعروض النجاسه لا لثبوته، بمعنی أنّ المستفاد من الدلیل حدوث الحکم لذات الماء فی حال التغیّر لا للماء المتغیّر، بحیث یکون التغیّر جزءا للموضوع فیزول الحکم بزواله، هذا حال الموضوعات و أنحاء تبدّلاتها و أقسام الحکم.

إذا عرفت ذلک فظهر لک ما تمسّک فی المقام صاحب «الجواهر» قـدّس سرّه بالاستصـحاب لإثبات کون الحبّ بعـد صـیرورته زرعا أو البیض فرخا باقیا علی ملک صاحبه أی المغصوب منه، یکون فی محلّه (۱).

و لا مجال لتوهّم عدم جریان الاستصـحاب بزعم تبدّل الموضوع، إذ قد عرفت أنّ السلطنه و الملکیّه هی من الأحکام الّتی تکون لذات الشی ء أی مادّته

۱- جواهر الکلام: ۳۷/ ۱۹۹.

بحيث لاـ يصير فيهما خلع المادّه من الصوره الأوّليّه و لبس صوره اخرى، بمعنى أنّ مادّه الشى ء ما دامت باقيه فلا يرى العرف غييرا فى موضوع الملكيّه، و لذا فلو عرض شكّ فى خروج الموضوع عن ملك صاحبه الأوّل مع انقلاب صورته، يصحّ التمسّـك بالاستصحاب و إثبات الحكم الأوّلى له من إبقائه على ملك صاحب المادّه ما لم ينتقل بأحد الأسباب الشرعيّه عن ملكه، و إلّا فالتغيّر لا يوجب خروج الملك عن سلطنه صاحبه.

و إذا ثبت كون الملكيّه من عوارض ذات الشى ء و مادّته فانقدح أنّ كلّ ما يزداد على المادّه الأوّليّه بتغيّرها يكون من تبعات تلك المادّه و يحسب عند العرف من نماءاتها، فهى أيضا مملوكه لصاحب المادّه لحدوثها فى ملكه بحيث تعدّ النماءات من مراتب نفس المادّه.

نعم؛ قد يقال بأنّه كما يكون للمادّه مدخليّه فى وجود النماءات و حدوث الترقّيات لأصل الحبّ، بأن يصير شجرا أو فواكه، و غير ذلك ممّا يكون كمال الفرق بين الأصل و توابعه من حيث الصغر و الكبر و أنحاء الانتفاع، كذلك يكون لعمل الغاصب و ما يصرف لتنميه الأصل من الماء و التراب و غيره لها مدخليّته فى وجود النماءات، فتكون عين مال الغاصب فى النماءات أيضا موجوده بحيث تكون مرتبه منها له، فتكون نتيجه ذلك كون الغاصب و المغصوب منه شريكين فى النماءات لاـ أن تكون مختصّه بالمغصوب منه.

و لكنّك خبير بأنّ هذا توهّم باطل؛ إذ يردّه- مضافا إلى أنّ العرف لا يرى النماء إلّا من توابع الأصل و إلّا فسائر المعدّات مثل الماء و غيره يكون بالنسبه إليه

كالعدم (۱)- أنّ الحديث المعروف من أنّه «ليس لعرق ظالم حقّ» (۲) الّذى قد تلقّاه الأصحاب بالقبول يرفع احترام عمله، و كذلك ماله الّذى صرف لتربيه الأصل و ترقّياته كما لا يخفى.

مع أنّه قد بيّنا سابقا أنّ كلّ ما يعمل فى المغصوب من الصنعه و غيرها يصير ملكا للمغصوب منه، و لا يجوز للغاصب التصرّف فى العين بإزالتها أو نحوه بعد ذلك أبدا، حتّى لو تصرّف و أزال الصفه الّتى زادت فى العين عنده يصير ضامنا له أيضا.

ثمّ إنّه قد يستشكل فى مثل البيض الّذى يجعل لأن يصير فرخا؛ من أنّه لا مجال لاستصحاب الملكيّه فيه، لأنّه قبل أن يصير فرخا يصير دما و علقه فيخرج بذلك عن قابليّه التملّك لعدم كون الأعيان النجسه قابله للملكيّه فيصير حال البيض حال العصير الّذى صار خلًّا بعد صيرورته خمرا قبل الخليّه الموجب ذلك لخروج الموضوع عن تحت السلطنه، فمقتضى القاعده استصحاب بقاء عدم الملكيّه فيهما أى فى البيض بعد ما صار فرخا، و كذلك الخلّ بعد صيرورته خمرا.

و لكنّه مدفوع؛ بأنّه بعد منع العموم أو الإطلاق لأدلّه المحرّمات و الأعيان

۱- هذا ما أدّى إليه بدايه النظر و لكنّه ليس بتامّ، إذ ليس معنى الحديث سلب الاحترام عن عين مال الغاصب، بل المراد نفى الحقّ لإبقاء ماله فى ملك الغير.و بالجمله؛ فالاستدلال به لعدم احترام عمله تامّ، و بالنسبه إلى غيره فلا- مجال للاستدلال، فالتحقيق فى الجواب هو الجواب الأوّل من عدم استناد النماء عرفا إلّا إلى الأصل لا إلى الماء و نحوه من المعدّات، فتدبّر! «منه رحمه اللّه».

۲- وسائل الشيعه: ۱۹/ ۱۵۷ الحديث ۲۴۳۶۳ و ۲۵/ ۳۸۸ الحديث ۳۲۱۹۴.

النجسه حتّى تشمل المقام، و على فرض الإطلاق فلا ريب فى انصرافه عن مثل المقام الّذى لازم انقلاب بعض الأشياء عن حال يكون فيه طاهرا حلالا إلى حال آخر يكون قابلا للتملّک أيضا هو اتّصافها بين الحالتين إلى ما يوجب صيرورتها ملحقه بالأعيان النجسه، و اختصاص الأدلّه بما ليس بقابل للتملّک نوعا من حيث الذات.

فنقول: إنّ فى مثلها ليس أن يكون الشى ء بين الحالتين بحيث يخرج عن السلطنه و الملكيّه رأسا، بل الاعتبار العرفى لتملّكه فى تلک الحاله أيضا باق، غايه ما يكون أنّه ليس اعتبار الملكيّه و العلقه فيها مثل ما كانت له قبل تلک الحاله و بعدها، بل تكون العلقه الملكيّه الثابته لمثل البيض و كذلک العصير قبل انقلابهما علقه تامّه بينهما و بين مالكهما، و كذلک بعد صيرورتهما فرخا و خلًّا، السلطنه للمالک إنّما هى سلطنه ملكيّه، و أمّا فى الحاله الوسطى فتلک العلقه تصير ضعيفه، و لكن لا بدّ أن يصل إلى حدّ تنعدم العلقه رأسا، بل هى بمرتبه منها على كلّ حال باقيه، إلّا أنّها تضعف من مرتبه الملكيّه حتّى تصل إلى درجه يعبّر عنها بالحقّ أو ملک المالک لأن يملكه، ثمّ يتقوّى قليلا قليلا من هذه المرتبه حتّى تصل إلى المرتبه الملكيّه و تشتدّ العلقه حتّى تصير السلطنه أيضا ثابتا تامّه.

فعلى كلّ حال؛ السلطنه المطلقه فى الجمله للمالک بالنسبه إلى تلک الأشياء باقيه، فلا مجال لتوهّم استصحاب عدم سلطنه المالک، إذ قد عرفت أنّه ليس زمان يخرج البيض الّذى صار فرخا و نحوه عن سلطنه صاحبه، غايه ما يكون، تختلف مراتبها على حسب اختلاف مراتب العلقه شدّه و ضعفا.

فانقدح ممّا ذكرنا؛ أنّ مقتضى القاعده بقاء البيض و العصير المغصوب على

ملک مالکهما بعینهما، فیجب علی الغاصب ردّهما إلی المالک علی کلّ حال، و لو صار فرخا أو خلًّا، و عدم الموجب لانقلاب إلی القیمه أو المثل، و لا- تحتاج تمامیّه المسأله إلی الإجماع کما صنعه فی «الجواهر» (۱) بزعم أنّ تلک الأشیاء فی الحاله الوسطی لمّا تخرج عن قابلیه التملّک، فاستصحاب عدم الملکیّه فیها محکم، و قد اتّضح لک أنّه لا سبیل إلی ما ذهب إلیه قدّس سرّه، لعدم خروجها عن الملکیّه بحال، بل مرتبتها تضعف و تصل إلی ما یسمّی بالحقّ، لا أن یخرج عن السلطنه رأسا، و لذلک لا تجوز إراقه العصیر بعد صیرورته خمرا، کما یظهر لمن راجع کلمات الأصحاب، فافهم!

الثانی: قال فی «الشرائع»: (لو غصب أرضا فزرعها) .. إلی آخره (۲).

لا إشکال أنّ ما تسالم علیه الأصحاب هو کون نماءات الأعیان و منافعها مطلقا تابعا لها، فهی ملک لمالکها کیفما کانت.

ضروره؛ أنّ انتفاع الشخص من عین ماله فی ملک الغیر لا یوجب خروج منافعها عن ملکه وضعا، و إن کان لو تصرّف بغیر إذن مالکه یوجب الإثم و الاشتغال باجره المثل و خساره ما ورد علی الغیر من الضرر لهذا التصرّف، فأصل هذا الحکم موافق لما یقتضیه الأصل و القاعده، مع أنّ فی المقام روایات دالّه علی المطلوب، فما هو المشتهر من «أنّ الزرع للزارع و لو کان غاصبا» المتّخذ من روایات الباب (۳) موافق للقاعده أیضا، و المراد به هو أنّ الزرع

۱- جواهر الکلام: ۳۷/ ۲۰۰.

۲- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۴۷.

۳- وسائل الشیعه: ۱۹/ ۱۵۶ الباب ۳۳ من کتاب الإجاره، و ۲۵/ ۳۸۷ الباب ۲ من کتاب الغصب.

للزارع (۱) المراد به صاحب الأصل من الحبّ و نحوه، و لو كان غاصبا فی الزرع أی فی عمله ذلک، من أن تکون الأرض المزروع فیها مغصوبه أو بعض آلات العمل كذلک، لا أن یکون المراد «و لو كان غاصبا» فی المزروع، و یکون المراد من الزارع العامل، کما قد یتراءی فی بادئ النظر، فإنّه علیه یکون المعنی خلاف المتسالم به (۲).

مسألتان: الاولی: قال فی «الشرائع»: (إذا حصلت دابّه فی دار لا یمکن أن تخرج إلّا بهدم)- إلی أن قال-: (فإن لم یکن من أحدهما تفریط و لم یکن المالک معها) .. إلی آخره (۳).

هذه المسأله داخله فی باب تزاحم الحقوق، و قد أوضحنا سابقا ما تقتضیه القاعده عنده، فهنا أیضا نقول: إنّ مقتضی القاعده الأوّلیّه من تسلّط الناس علی أموالهم عدم جواز تصرّف أحدهما فی مال الآخر بلا رضا صاحبه لتخلیص ماله إذا لم یکن الآخر مفرّطا، لما أشرنا مرارا إلی أنّ قاعده السلطنه جاریه ما لم تزاحم سلطنه الغیر، و لا فرق فی هذه الجهه بین أن یکون أحدهما أقلّ ضررا أو لم یکن كذلک؛ لأنّ قاعده الضرر لیست قابله لأن تزاحم قاعده السلطنه، لأنّ کلّا منهما قاعده امتنانیّه.

فهنا لا یصحّ أن یقال بأنّ صاحب الدابّه علی مقتضی سلطنته علی دابّته

۱- یستفاد ذلک من صریح بعض روایات الباب و إن كانت أیضا روایات معارضه لها، و لکنّها معرض عنها مع ما فی أصل نسختها من الاختلاف، فراجع! «منه رحمه اللّه».

۲- کما یستکشف ذلک من الفرع السابق و مدلول الأدلّه، کما لا یخفی، فتدبّر!

۳- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۴۸.

لرفع المزاحمه عن ماله، له أن يكسر القدر ثمّ يضمن قيمته، و لأنّ كسر القدر يكون أقلّ ضررا من إعدام الدابّه و ذبحها، مع أنّ الموارد بالنسبه إلى قلّه الضرر و عدمه مختلفه، فلا يمكن الحكم الكلّى الّذى يتساوى بالنسبه إلى الموارد، فالتحقيق فى مثل المقام هو الرجوع إلى الحاكم الشرعى، فهو بمقتضى مصلحه المقام على حسب نظره يحكم، و اللّه العالم.

الثانيه: فى «الشرائع»: (إذا تلف المغصوب و اختلفا فى القيمه) (۱).

لا يخفى؛ أنّ الحكم فى هذه المسأله- أى القول بتقديم قول المالك أو الغاصب- مبنىّ على المستفاد من قاعده اليد فإن بنى على ما هو المشهور من كيفيّه الضمان من عدم اعتبار وجود للعين على اليد، بل ما دام وجودها ليس على الغاصب إلّا حكم تكليفى من وجوب ردّ العين، و بعد التلف بالمثل أو القيمه تشتغل الذمّه.

فالتحقيق فى المقام هو ما قوّاه المحقّق، بل عليه المشهور، من إجراء أصاله البراءه و تقديم قول الغاصب، لأنّ الشكّ يكون فى الاشتغال بالأقلّ و الأكثر.

و إن بنينا على ما هو التحقيق من اشتغال الذمّه من حين وضع اليد بنفس العين إلى زمان الأداء فلمّا [كان] مرجع الشكّ إلى الفراغ عمّا اشتغلت الذمّه به يقينا، و يكون الشكّ فى المحصّل، فالمرجع هو الاحتياط كما لا يخفى.

هذه جمله ما استفدت من مقالات الاستاد دام ظلّه فى مهمّات مسائل الغصب، و قد وقع الفراغ فى العشر الآخر من شعبان من سنه ۱۳۴۴ و عليه التكلان.

۱- شرائع الإسلام: ۳/ ۲۴۹.

فهرس الآيات

ص: ۶۸۶

فهرس الأحاديث

و أعلمهم أنّ اجتماعهم فی النوافل بدعه ۱۲۸

و الدليل على ذلک کلّه أن يکون ساترا لعيوبه بحيث لا يجوز التفتيش ۲۱۲

و إن صلّيت وحدک فلا بأس ۱۳۲

و إن کان أرفع منهم بقدر إصبع أو أکثر أو أقلّ ۱۷۴

فهرس المنابع

۱- القرآن الکریم

۲- إقبال الأعمال، للسیّد رضی الدین علی بن موسی بن جعفر بن طاوس رحمه اللّه، ط/ دار الکتب الإسلامیّه، طهران.

۳- الاحتجاج، لأبی منصور أحمد بن علی بن أبی طالب الطبرسی، ط/ المکتبه مصطفوی، قم، سنه ۱۳۸۶ ه.

۴- الأربعون، للشیخ البهائی، محمّد بن الحسین بن عبد الصمد الحارثی الجبعی العاملی، الطبعه الحجریّه، سنه ۱۲۷۴.

۵- الاستبصار، للشیخ الطوسی رحمه اللّه، ط/ دار الکتب الإسلامیّه، طهران، سنه ۱۳۹۰ ه.

۶- أمالی الصدوق، للشیخ الأقدم رحمه اللّه، ط/ مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، بیروت، سنه ۱۴۰۰ ه.

۷- الأمّ، لأبی عبد اللّه محمّد بن إدریس الشافعی، ط/ دار المعرفه، بیروت.

۸- إیضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد، للشیخ أبی طالب محمّد بن الحسن بن یوسف بن المطهّر الحلّی، الملقب ب «فخر المحقّقین»، المتوفّی سنه ۷۷۱ ه. ط/ المطبعه العلمیّه، قم، سنه ۱۳۸۷ ه.

۹- بحار الأنوار، للعلّامه المحقّق الشیخ محمّد باقر المجلسی رحمه اللّه، ط/ المکتبه الإسلامیه، طهران، سنه ۱۳۸۸ ه.

۱۰- بدایه المجتهد، تألیف محمّد بن أحمد بن رشد القرطبی، ط/ دار المعرفه، سنه ۱۴۰۲.

۱۱- البیان، للشهید الأوّل، أبی عبد اللّه محمّد بن جمال الدین مکّی العاملی، ط/ مجمع الذخائر الإسلامیّه، قم.

۱۲- تبصره المتعلّمین، للعلّامه الحلّی، ط/ مجمع الذخائر الإسلامی.

۱۳- تذکره الفقهاء، للعلّامه الحلّی، (الطبعه الحجریّه)، ط/ المکتبه المرتضویّه، قم.

۱۴- تعلیقات علی منهج المقال، للمحقّق البهبهانی، (الطبعه الحجریّه).

۱۵- التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، للفقیه جمال الدین بن مقداد بن عبد اللّه السیوری، المتوفّی سنه ۸۲۶ ه، من منشورات مکتبه آیه اللّه المرعشی، قم، سنه ۱۴۰۴ ه.

۱۶- تنقیح المقال فی أحوال الرجال، للعلّامه المحقّق الشیخ عبد اللّه المامقانی رحمه اللّه، (الطبعه الحجریّه).

۱۷- تهذیب الأحکام فی شرح المقنعه، للشیخ الطوسی، ط/ مکتبه الصدوق، طهران، الطبعه الاولی، سنه ۱۴۱۷ ه.

۱۸- جامع الرواه، للعلّامه الفاضل محمّد بن علی الأردبیلی الغروی، ط/ منشورات دار الأضواء، بیروت، سنه ۱۴۰۳ ه.

۱۹- جامع المقاصد فی شرح القواعد، للشیخ علی بن الحسین الکرکی، المعروف ب «المحقّق الثانی»، المتوفّی سنه ۹۴۰ ه، ط/ مؤسسه آل البیت علیهم السّلام لإحیاء التراث، سنه ۱۴۱۰ ه.

۲۰- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، للعلّامه المحقّق الشیخ محمّد حسن النجفی، المتوفّی سنه ۱۲۶۶ ه، ط/ دار الکتب الإسلامیه، نجف، سنه ۱۳۸۱ ه.

۲۱- حاشیه المکاسب للسیّد، للعلّامه المحقّق السیّد محمّد کاظم الطباطبائی الیزدی، ط/ دار المعارف الإسلامیّه، طهران، و مؤسسه دار العلم، قم، سنه ۱۳۷۸ ه.

۲۲- الحدائق الناضره فی أحکام العتره الطاهره، للشیخ یوسف البحرانی، المتوفّی سنه ۱۱۸۶ ه. ط/ مؤسسه النشر الإسلامی، قم.

۲۳- الخصال، للشیخ الأقدم الصدوق رحمه اللّه، ط/ مؤسسه النشر الإسلامی، قم، سنه ۱۴۰۳ ه.

۲۴- الخلاف، للشیخ الطوسی، ط/ مؤسسه النشر الإسلامی، قم، سنه ۱۴۰۷ ه.

۲۵- الدروس الشرعیّه فی فقه الإمامیّه، للشهید الأوّل، أبی عبد اللّه محمّد بن مکّی العاملی، المستشهد سنه ۷۸۶ ه. ط/ مؤسسه النشر الإسلامی، قم، سنه ۱۴۱۴ ه.

۲۶- دعائم الإسلام، تألیف النعمان بن محمّد بن منصور بن أحمد بن حیّون التمیمی المغربی، ط/ دار المعارف فی القاهره، سنه ۱۳۸۳ ه.

۲۷- ذخیره المعاد فی شرح الإرشاد، للعلّامه محمّد باقر بن محمّد مؤمن السبزواری، (الطبعه الحجریّه)، ط/ مؤسسه آل البیت علیهم السّلام لإحیاء التراث، قم.

۲۸- ذکری الشیعه، للشهید الأوّل، أبی عبد اللّه محمّد بن جمال الدین مکّی العاملی، ط/ مؤسسه آل البیت علیهم السّلام لإحیاء التراث، قم، سنه ۱۴۱۹ ه.

۲۹- رجال بحر العلوم، المعروف ب «الفوائد الرجالیّه»، للعلّامه المحقّق السیّد محمّد المهدی بحر العلوم الطباطبائی، من منشورات مکتبه الصادق، طهران.

۳۰- روضات الجنّات، للعلّامه المتتبّع المیرزا محمّد باقر الموسوی الخوانساری، ط/ دار الإسلامیّه، بیروت، سنه ۱۴۱۱ ه.

۳۱- روض الجنان، للشهيد الثانی، زين الدين بن علی الجبعی العاملی، (الطبعه الحجريّه)، مؤسسه آل البيت عليهم السّلام لإحياء التراث، قم.

۳۲- الروضه البهيّه فی شرح اللمعه الدمشقيّه، للشهيد الثانی، زين الدين بن علی الجبعی العاملی، المستشهد سنه ۹۶۶ ه، من منشورات جامعه النجف الدينيّه، سنه ۱۳۸۷ ه.

۳۳- رياض المسائل فی بيان الأحكام بالدلائل، لآيه اللّه المحقّق السيّد علی الطباطبائی، المتوفّی سنه ۱۲۱۳، ط/ دار الهادی، بيروت، الطبعه الاولی، سنه ۱۴۱۲ ه.

۳۴- السرائر، الحاوی لتحرير الفتاوی، للفقيه أبی جعفر محمّد بن منصور بن أحمد بن إدريس الحلّی، ط/ مؤسسه النشر الإسلامی، قم، سنه ۱۴۱۰ ه.

۳۵- سنن ابن ماجه، للحافظ أبی عبد اللّه محمّد بن يزيد القزوينی، ط/ دار إحياء التراث العربی، سنه ۱۳۹۵ ه.

۳۶- شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، للمحقّق الحلّی أبی القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، المتوفّی سنه ۶۷۲ ه، من منشورات دار الأضواء، بيروت، سنه ۱۴۰۳ ه.

۳۷- الشرح الكبير، (المطبوع مع المغنی)، للشيخ محمّد بن أحمد بن قدامه.

۳۸- صحيح مسلم، لأبی الحسن مسلم بن الحجّاج القشيری النيسابوری، ط/ دار المعرفه، بيروت.

۳۹- العروه الوثقی، للعلّامه المحقّق السيّد محمّد كاظم الطباطبائی اليزدی، ط/ مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، بيروت، سنه ۱۴۰۹ ه، و مكتبه الداوری، قم.

۴۰- علل الشرائع، للشيخ الأقدم الصدوق رحمه اللّه ط/ المكتبه الحيدريّه، النجف، سنه ۱۳۵۸ ش.

۴۱- عوالی اللآلی العزیزیّه فی الأحادیث الدینیّه، لابن أبی جمهور الأحسائی، الشیخ محمّد بن علی بن إبراهیم، ط/ مطبعه سید الشهداء علیه السّلام، قم، سنه ۱۴۰۵ ه.

۴۲- غایه المراد، للشهید الأوّل، ط/ مرکز النشر التابع لمکتب الإعلام الإسلامی، قم، سنه ۱۴۲۰.

۴۳- غنیه النزوع، للسیّد أبی المکارم ابن زهره، المتوفّی سنه ۵۸۵ ه، ط/ مؤسسه الإمام الصادق علیه السّلام، قم، سنه ۱۴۱۷.

۴۴- الفصول الغرویّه فی الأصول الفقهیّه، للعلّامه المحقّق الشیخ محمّد حسین بن عبد الرحیم الطهرانی الحائری، (الطبعه الحجریّه)، قم، سنه ۱۴۰۴ ه.

۴۵- الفهرست، للشیخ الطوسی رحمه اللّه، ط/ مؤسسه الوفاء، بیروت، سنه ۱۴۰۳ ه.

۴۶- قرب الإسناد، لأبی العبّاس عبد اللّه بن جعفر الحمیری القمّی، من أصحاب الإمام العسکری علیه السّلام، ط/ مؤسسه آل البیت علیهم السّلام لإحیاء التراث، بیروت، سنه ۱۴۱۳ ه.

۴۷- قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام، للعلّامه الحلّی، (الطبعه الحجریّه)، ط/ الشریف الرضی، قم.

۴۸- القواعد الفقهیّه، للسیّد الفقیه محمّد حسن البجنوردی، من منشورات الهادی، قم، سنه ۱۴۱۹ ه.

۴۹- قوانین الأصول، للمحقّق الفقیه المیرزا أبی القاسم القمی، الطبعه الحجریّه.

۵۰- الکافی، لثقه الإسلام الکلینی، أبی جعفر محمّد بن یعقوب بن إسحاق، المتوفّی سنه ۳۲۹ ه، ط/ دار التعارف، بیروت، الطبعه الرابعه، سنه ۱۴۰۱ ه.

۵۱- الکافی فی الفقه، للفقیه الأقدم أبی الصلاح الحلبی، المتوفّی سنه ۴۴۷ ه، ط/ مکتبه الإمام أمیر المؤمنین علیه السّلام، أصفهان، سنه ۱۴۰۳ ه.

۵۲- کتاب الصلاه للشیخ الأنصاری، للشیخ الأعظم الشیخ مرتضی الأنصاری، من منشورات مجمع الفکر الإسلامی، قم، سنه ۱۴۲۰ ه.

۵۳- کتاب الصلاه للشیخ الحائری، من تقریرات مباحث العلّامه الشیخ عبد الکریم الحائری الیزدی، للشیخ محمود الآشتیانی.

۵۴- کتاب الصلاه للمیرزا النائینی، من تقریرات العلّامه المیرزا محمّد حسین النائینی، للشیخ محمّد علی الکاظمی الخراسانی، ط/ مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ۱۴۱۱ ه.

۵۵- کتاب الطهاره للشیخ الأنصاری، للشیخ الأعظم الشیخ مرتضی الأنصاری، من منشورات مجمع الفکر الإسلامی، قم، سنه ۱۴۲۰ ه.

۵۶- کشف اللثام، لبهاء الدین محمّد بن الحسن بن محمّد الأصفهانی، المعروف ب «الفاضل الهندی»، ط/ مؤسسه النشر الإسلامی، قم، سنه ۱۴۲۰ ه.

۵۷- کفایه الأحکام، للعلّامه محمّد باقر بن محمّد مؤمن السبزواری، المتوفّی سنه ۱۰۹۰ ه، (الطبعه الحجریّه)، ط/ مرکز النشر، أصفهان.

۵۸- کنز العمّال، لعلاء الدین علی المتّقی الهندی، ط/ مؤسسه الرساله، بیروت، سنه ۱۳۹۹ ه.

۵۹- لسان العرب، لابن منظور الإفریقی، ط/ دار صادر العربی، بیروت.

۶۰- اللمعه الدمشقیّه، للشهید الأوّل، ط/ دار الفکر، قم، سنه ۱۳۶۸ ش.

۶۱- المبسوط، لشمس الدین السرخسی، ط/ دار المعرفه، بیروت.

۶۲- المبسوط فی فقه الإمامیّه، للشیخ الطوسی رحمه اللّه، ط/ المکتبه المرتضویّه لإحیاء الآثار الجعفریّه، سنه ۱۳۸۷ ه.

۶۳- مجمع البحرین، للفقیه الشیخ فخر الدین الطریحی، المتوفّی سنه ۱۰۸۵ ه، ط/ المکتبه الرضویّه لإحیاء آثار الجعفریّه، سنه ۱۳۶۵ ه. ش.

۶۴- مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، للمولی أحمد بن محمّد، المعروف ب «المقدّس الأردبیلی»، المتوفّی سنه ۹۹۳ ه، ط/ مؤسسه النشر الإسلامی، قم، سنه ۱۴۰۲ ه.

۶۵- المحاسن، للشیخ الثقه الجلیل الأقدم أحمد بن محمّد بن خالد البرقی، ط/ دار الکتب الإسلامیه، قم.

۶۶- المختصر النافع فی فقه الإمامیّه، للمحقّق الحلّی، ط/ دار الأضواء، بیروت، الطبعه الثالثه ۱۴۰۵ ه.

۶۷- مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه، للعلّامه الحلّی، ط/ مؤسسه النشر الإسلامی، قم، سنه ۱۴۱۲ ه.

۶۸- مدارک الأحکام فی شرح شرائع الإسلام، للفقیه المحقّق السیّد محمّد موسوی العاملی، ط/ مؤسسه آل البیت علیهم السّلام لإحیاء التراث، قم، سنه ۱۴۱۰ ه.

۶۹- المراسم، لحمزه بن عبد العزیز الدیلمی، من منشورات الحرمین، سنه ۱۴۰۴ ه. ق.

۷۰- مسالک الإفهام فی شرح شرائع الإسلام، للشهید الثانی، زین الدین بن علی الجبعی العاملی، المستشهد سنه ۹۶۶ ه. ط/ مؤسسه المعارف الإسلامیّه، قم، سنه ۱۴۱۷ ه.

۷۱- مستدرک الوسائل، للمیرزا حسین النوری الطبرسی، المتوفّی سنه ۱۳۲۰ ه، ط/ مؤسسه آل البیت علیهم السّلام لإحیاء التراث، قم، الطبعه الاولی، سنه ۱۴۰۷ ه.

۷۲- مستند الشیعه، للعلّامه الفقیه المولی أحمد النراقی، ط/ مؤسسه آل البیت علیهم السّلام لإحیاء التراث، قم، سنه ۱۴۱۹ ه.

۷۳- مسند أحمد، لأحمد بن حنبل، المتوفی سنه ۲۴۱ ه، من منشورات دار صادر، بیروت.

۷۴- مصباح الفقيه، للشيخ آغا رضا الهمدانى، الطبعه الحجريّه، و الطبعه الحديثه مؤسسه الجعفريّه لإحياء التراث، قم، سنه ۱۴۲۰ ه.

۷۵- المصباح المنير، لأحمد بن محمّد بن على المقرى الفيومى، المتوفّى سنه ۷۷۰ ه، ط/ دار الهجره، قم، ۱۴۰۵ ه.

۷۶- المعتبر، للمحقّق الحلّى، ط/ مؤسسه سيّد الشهداء عليه السّلام، قم، سنه ۱۳۶۴ ش.

۷۷- المغنى لابن قدامه، لأبى محمّد عبد اللّه بن أحمد بن محمّد بن قدامه المقدسى، ط/ عالم الكتب، و دار الكتب العربى، بيروت، سنه ۱۴۰۳ ه.

۷۸- مفاتيح الشرائع، للمولى محمّد حسن، المعروف ب «الفيض الكاشانى»، المتوفّى سنه ۱۰۹۱ ه، ط/ مجمع الذخائر الإسلاميّه، قم، سنه ۱۴۰۱ ه.

۷۹- مفتاح الكرامه فى شرح قواعد العلّامه، للسيّد محمّد جواد الحسينى العاملى، المتوفّى سنه ۱۲۲۶ ه. (الطبعه الحجريّه)، ط/ مؤسسه آل البيت عليهم السّلام لإحياء التراث، قم.

۸۰- المقنع، للشيخ الأقدم الصدوق رحمه اللّه، ط/ مؤسسه الإمام الهادى عليه السّلام، قم، سنه ۱۴۱۵ ه.

۸۱- المقنعه، لأبى عبد اللّه محمّد بن محمّد بن النعمان العكبرى البغدادى، الملقّب بالشيخ المفيد، المتوفّى سنه ۱۴۱۳ ه، ط/ مؤسسه النشر الإسلامى، قم، سنه ۱۴۱۷ ه.

۸۲- المكاسب، للشيخ الأعظم الشيخ مرتضى الأنصارى، من منشورات مجمع الفكر الإسلامى، قم، ۱۴۱۵ ه.

۸۳- من لا يحضره الفقيه، للشيخ الأقدم الصدوق رحمه اللّه، المتوفّى سنه ۳۸۱ ه، ط/ دار الكتب الإسلاميه، طهران، سنه ۱۳۹۰ ه.

۸۴- المهذّب، للفقيه الأقدم القاضى عبد العزيز بن البراج الطرابلسى، ط/ مؤسسه النشر الإسلامى، قم، سنه ۱۴۰۶ ه.

۸۵- الناصریات (الجوامع الفقهیّه)، للسیّد الشریف المرتضی رحمه اللّه، ط/ انتشارات جهان، طهران.

۸۶- نجاه العباد فی یوم المعاد، للعلّامه المحقّق الشیخ محمّد حسن النجفی، المتوفی سنه ۱۲۶۶ ه، (الطبعه الحجریّه).

۸۷- النهایه فی غریب الحدیث و الأثر، لمجد الدین المبارک بن الجزری، ابن الأثیر، ط/ المکتبه العلمیّه، بیروت.

۸۸- النهایه فی مجرّد الفقه و الفتاوی، للشیخ الطوسی رحمه اللّه، ط/ دار الکتاب العربی، بیروت، سنه ۱۴۰۰ ه.

۸۹- الوافی، للمحقّق محمّد حسن الفیض الکاشانی، من منشورات مکتبه الإمام أمیر المؤمنین علیه السّلام العامّه، اصفهان، سنه ۱۴۰۶ ه.

۹۰- وسائل الشیعه إلی تحصیل مسائل الشریعه، للشیخ محمّد بن الحسن الحرّ العاملی، المتوفّی سنه ۱۱۰۴ ه، ط/ مؤسسه آل البیت علیهم السّلام لإحیاء التراث، قم، سنه ۱۴۱۲ ه.

۹۱- وسیله النجاه، للسیّد المحقّق أبی الحسن الأصفهانی رحمه اللّه، ط/ دار التعارف للمطبوعات، بیروت، ۱۳۹۷ ه. ق.

۹۲- الوسیله إلی نیل الفضیله، لابن حمزه، ط/ مکتبه آیه اللّه المرعشی رحمه اللّه، سنه ۱۴۰۸ ه.

ص: ۷۰۳

فهرس الموضوعات

اشاره

رساله الطهاره (۲۹– ۸۶)

رساله الصلاه (۸۷– ۲۲۰)

ص: ۷۰۸

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ٩

المقدمة:
تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامى عام ١٤٢٦ الهجرى فى المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فى الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:
نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فى العلوم الإسلامية وتبعثرها فى أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فى العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهى منظمة فى برامج إلكترونية وجاهزة فى مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.
وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:
نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبىّ عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فى المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة فى الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين فى الحوازت العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فى ملفات الكترونية

السياسات:
مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمى البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

٤.CHM

٥.PDF

٦.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

٤.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزی
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزی ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵
هاتف المكتب فی طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱
قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.